

LE
CONSENTEMENT DES PARENTS
AU MARIAGE
DES ENFANTS DE FAMILLE

PAR
Jacques CORDEROY DUTIERS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sera soutenu devant la
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

le 12 Décembre 1907, à 1 heure

Président : M. PLANIOL, Professeur ;
Suffragants : { M. CHENON, Professeur
 { M. Ambroise COLIN, Professeur

CONFOLENS
IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE EDOUARD DUPONT
RUE DU COLLÈGE

1907



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553031_0020

LE CONSENTEMENT DES PARENTS

· AU

MARIAGE DES ENFANTS DE FAMILLE

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LE
CONSENTEMENT DES PARENTS
AU MARIAGE
DES ENFANTS DE FAMILLE

PAR

Jacques CORDEROY DUTIERS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

—•—

« La famille ayant pour but le développement
» le plus large de tous ses membres et de leur
» personnalité, ne saurait s'opposer au complet
» épanouissement de celle-ci, alors qu'elle en
» est devenue capable. Or, cet épanouissement
» n'est possible que sous le régime de la liberté.»

(Boistel. *Philos. du Droit*, t. I, tit. 2. *De la Famille*, ch. 1 et 2.)



—◇—

CONFOLENS
IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE EDOUARD DUPONT
RUE DU COLLÈGE

1907

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS. — *Précis de Droit Romain*, t. I.
AYRAULT. — *Opuscules. — De la Puissance paternelle* (1548).
D'AGUESSEAU. — *Œuvres.* — (1783).
D'ARGENTRÉ. — *Collectio Judiciorum*, t. I.
AMELINE. — *Des Nullités de mariage.*
AUBRY ET RAU. — *Œuvres.*
BEAUMANOIR. — *Œuvres.*
BOISTEL. — *Le Droit dans la famille.*
»» *La Philosophie du Droit.*
BAUDRY-LACANTINERIE. — *Œuvres.*
BEAUNE. — *Les Personnes en Droit Coutumier.*
BERNARD. — *Histoire de l'autorité paternelle en France.*
CHAMPION. — *La France d'après les cahiers de 1789.*
DEMOLOMBE. — *Cours de Code civil*, t. I.
DELVINCOURT. — *Cours de Code civil*, t. I.
DURANTON. — *Cours de Droit Français.*
DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE. — *Droit civil.*
DUVERGIER. — *Collection des lois.*
DUMOULIN. — *Conseil sur le fait du Concile de Trente*, (Œuvres complètes, 1681, t. V.)
DUGUIT. — *Etude historique sur le rapt de séduction*, (Nouvelle Revue historique de Droit.)
ESMEIN. — *Le mariage en Droit Canonique.*
»» *Histoire du Droit Français.*

- ANTOINE D'ESPEISSE. — *Du Mariage*, titre XIII.
- FENET.
- FUSTEL DE COULANGES. — *La Cité antique*, 17^e édition.
»» *La Gaule romaine.*
- GIRARD. — *Traité de Droit Romain.*
- GLASSON. — *Le Consentement des époux au mariage.*
- GERBAIS. — *Traité du pouvoir de l'Eglise et des princes sur les empêchements de mariage*, (Paris 1696.)
- GIDE. — *Condition privée de la femme mariée.*
- HELFE. — *Histoire des Conciles*, (trad. française.)
- HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil.*
- ISAMBERT. — *Recueil général des anciennes lois Françaises.*
- LEHR. — *Le Mariage, le Divorce et la Séparation de corps dans les principaux pays civilisés.*
- LOUBAT. — *Des formalités du mariage simplifiées par la loi de 1896.*
- LAURENT. — *Droit civil Français.*
- LAUNOY. — *Regia in matrimonium potestas.*
- LEFEBVRE. — *Leçons d'introduction à l'histoire du Droit matrimonial Français.*
- LE MERRE. — *Justification des Usages de France sur les mariages des enfants de famille.*
- LERIDANT. — *Code matrimonial.*
- LOCRE. — *Législation civile.*
- MONTESQUIEU. — *Esprit des Loïs.*
»» — *Lettres Persanes.*
- PALLAVICINI. — *Histoire du Concile de Trente*, t. XXII.
- ESTIENNE PASQUIER. — *Œuvres* — t. II, Amsterdam 1723.
- PLANIOL. — *Traité de Droit civil.*
- POTHIER. — *Le Contrat de mariage.*
- CHARLES DE RIBBE. — *Le Play d'après sa correspondance.*
- DE ROZIÈRES. — *Recueil des Formules.*
- TARDE. — *Les transformations du Droit.*
- TOCQUEVILLE. — *La Démocratie en Amérique.*
- VIOLLET. — *Histoire du Droit civil.*
- VANTROYS (l'abbé). — *Thèse.*

INTRODUCTION

AVANT-PROPOS ET PLAN SOMMAIRE. — LES INSTITUTIONS JURIDIQUES QUI DÉTERMINENT L'ORGANISATION ET LE FONCTIONNEMENT DE LA FAMILLE ONT-ELLES TERMINÉ LEUR ÉVOLUTION ? — LA THÉORIE DU CONSENTEMENT NÉCESSAIRE DES PARENTS AU MARIAGE EST UNE DES PARTIES LES MOINS LOGIQUES DE L'ENSEMBLE. — LES TROIS PRINCIPES SUR LESQUELS DOIT SE FONDER TOUTE MODIFICATION LÉGISLATIVE EN LA MATIÈRE : LIBERTÉ INDIVIDUELLE, PROTECTION NÉCESSAIRE AUX FAIBLES, MAINTIEN DE L'HARMONIE GÉNÉRALE DANS LE GROUPE FAMILIAL.

La question du consentement des parents au mariage a subi de nombreuses variations en législation et en doctrine pendant l'évolution du Droit. Elle créa un long dissentiment entre la société laïque et la société religieuse des ^{xv}^e, ^{xvi}^e et ^{xvii}^e siècles ; le Concile de Trente se conformant à la théorie pure du sacrement de mariage refusa de prêter l'oreille aux requêtes du siècle, et déclara seul nécessaire pour la formation du lien le consentement des époux. Cette résistance de l'Eglise fut vivement combattue, et l'intransigeance du droit canon en cette matière fut le point qui sembla le plus vulnérable aux civilistes du ^{xviii}^e siècle pour ébranler le pouvoir législatif et judiciaire de l'Eglise sur le mariage. Des ordonnances royales

essayèrent de rendre indispensable le consentement des parents sans aller à l'encontre des principes posés par les saints Conciles, et une ingénieuse jurisprudence tourna la difficulté par des arguments de circonstances.

La théorie civile du consentement nécessaire des parents au mariage était enfin édictée, assez maladroitement du reste, et avec des complications illogiques, quand la Révolution bouleversa tout. Quelques articles de notre Code cristallisèrent l'état de la question en empruntant à peu près les dispositions adoptées au XVIII^e siècle ; dans les temps modernes la loi fut remise en discussion, elle fut légèrement modifiée, il semble qu'elle n'est point encore parfaitement et définitivement établie puisque la Chambre des députés vient de voter une loi nouvelle actuellement en deuxième délibération devant le Sénat. (1)

Analyser et critiquer les dispositions qui réglementent le consentement des parents au mariage sera l'objet de notre étude.

Depuis la conception primitive romaine de la famille jusqu'à nos jours il est notoire que les institutions juridiques concernant le groupe familial ont subi une évolution lente mais progressive. Sur le point qui nous intéresse cette évolution est incohérente et inachevée. Les principes archaïques de puissance et de discipline absolue se sont transformés faisant place aux idées de protection, d'affection présumée, de bonheur mutuel. Les auteurs modernes sont d'accord pour affirmer que la seule raison d'être de la famille au point de vue juridique et social c'est : « donner son plein développement à la nature humaine

(1) Ladite loi a été promulguée le 21 juin 1907, alors que notre thèse était à l'impression. (Voir Appendice.)

dans les membres de cette famille, en d'autres termes faire jouir ses membres de la plénitude des biens naturels » (1).

Pouvons-nous dire cependant, à notre époque, que toutes les institutions réglémentant la situation des personnes dans la famille soient exactement les conséquences de ce principe. Des vestiges de l'influence romaine ont persisté, et il semble difficile de fonder uniquement sur l'idée de protection toutes les attributions de la puissance paternelle (2). La nécessité du consentement des auteurs au mariage des enfants, qui survit après avoir longtemps disparu, est-elle un élément nécessaire à la protection des jeunes, et dans quelle mesure ? Nous essayerons de résoudre ce problème dont l'importance sociale est grande.

En effet, si l'on sacrifie à la liberté individuelle tout ce qu'on peut lui sacrifier, en ne laissant debout que des mesures protectrices aussi restreintes que possible, ne risque-t-on pas de ruiner complètement l'autorité paternelle et en même temps l'harmonie familiale nécessaire à l'ordre social. Il n'y a pas si longtemps que Le Play voyait dans l'autorité du père de famille raffermie et dans l'extension de ses pouvoirs une condition de Paix sociale, et une amélioration désirable. Ses disciples soutiennent toujours ces idées et si leurs arguments sont contestables ils ne sont point cependant à dédaigner. (3)

(1) Boistel : *Le Droit dans la Famille*, chapitre III, page 40

(2) Le droit de jouissance légale, par exemple.

(3) ... « L'autorité paternelle accomplira ce qui est au-dessus de » toute autorité publique.

« Notre salut ne peut venir que de la seule autorité qui dans

Il est certain que l'émancipation individuelle dans la famille a deux limites : la protection nécessaire aux individus faibles, le maintien de l'harmonie dans le groupe familial. Toute mesure législative modifiant l'état ou la capacité des personnes dans la famille doit faire la part de ces trois principes : *liberté individuelle, protection, cohérence nécessaire de la famille*. C'est en nous appuyant sur ces bases que nous entreprendrons l'analyse critique de la législation moderne sur le consentement des parents au mariage.

Avant de commencer cette étude de droit moderne nous examinerons au point de vue historique les fluctuations subies par la législation sur le consentement. Cet examen nous le ferons aussi succinct que possible ; il pourrait en réalité donner lieu à un travail considérable, mais nous n'avons point la prétention de le traiter dans le détail. Les excellents travaux de nos maîtres MM. Lefebvre et Esmein, la thèse très documentée de M. l'abbé Vantroys laissant place à bien peu d'éléments nouveaux dans l'historique de notre question.

Nous serons donc aussi bref que possible, soucieux cependant de mettre en lumière les principales étapes de la question jusqu'à la Révolution Française.

Cette étude historique terminée nous étudierons dans notre deuxième partie comment les pouvoirs législatifs de la période intermédiaire ont traité la théorie du consente-

» cet état d'erreur profonde, demeure en vertu de la loi naturelle, » dévouée à ses subordonnés. »

(Le Play. 12 juillet 1871)

« Les sociétés sont à l'image des familles dont elles se composent, les familles sont ce que les font les autorités paternelles. » (Charles de Ribbe. Le Play d'après sa correspondance, chapitre V)

ment et ce qu'elle est devenue dans le Code civil. Il ne nous restera plus alors que l'examen moderne de la question ; nous étudierons les projets de lois et les lois postérieures au Code qui intéressent notre sujet. Nous rechercherons dans la doctrine ce qui a été dit et écrit sur la nécessité du consentement des parents au mariage, curieux de puiser des renseignements parmi les personnes qui s'intéressent à notre question, juristes, écrivains, zélateurs d'œuvres pour faciliter l'accès au mariage, etc. Ayant enfin jeté un coup d'œil sur les législations étrangères nous nous demanderons, étant donné l'état du droit présent, et l'état des mœurs, si une modification n'est pas possible et dans quelle mesure on pourrait apporter une amélioration à la loi. Des commissions d'études et comités de réformes composés de magistrats, d'avocats et d'hommes de lettres ont formulé tout dernièrement leur avis sur la législation du mariage, donnant ainsi un renouveau d'actualité à la question. Nous analyserons dans l'édifice que ces novateurs veulent nous construire la partie qui nous intéresse, nous verrons sur quelles bases ils travaillent et nous comparerons d'une part ce qu'ils démolissent et de l'autre ce qu'ils élèvent. Nous commençons notre thèse avec le désir de nous soustraire autant que possible à cette fièvre de destruction qui semble pousser actuellement les sociologues contre le vieux monument du Code civil et le titre du mariage en particulier. Cette impétuosité à accumuler des ruines, sans se demander ce qui doit être conservé ou étayé n'est pas faite pour nous séduire, et si nous croyons une amélioration possible dans la législation du consentement c'est dans les limites que nous avons fixées d'avance : conserver les protections nécessaires aux faibles, ne pas compromettre l'harmonie de la famille tout en favorisant le plus possible la liberté individuelle.

D'autre part nous aurons comme guide l'exemple des législations passées, sûrs de trouver dans la tradition une grande lumière pour l'avenir.

Au moment où notre thèse était à peu près terminée les Chambres ont été saisies d'un projet de loi modifiant l'état du droit et répondant aux objections si longtemps soulevées contre les dispositions réglementant le consentement des parents. L'accueil favorable qui a été fait à ce projet par le Parlement nous fait pressentir comme très proche son vote définitif.

Avant de clore notre travail nous étudierons l'esprit et les innovations de cette future loi.

PREMIÈRE PARTIE

**Le Consentement des Parents au Mariage
dans l'Histoire du Droit**

CHAPITRE PREMIER

ÉTUDE SOMMAIRE DU « CONSENSUS » DU PATER FAMILIAS

LES INSTITUTIONS ROMAINES PRÉSENTENT DANS LEUR ÉVOLUTION
UN PROGRÈS CONSTANT VERS L'ÉMANCIPATION DES ENFANTS AU
POINT DE VUE DU MARIAGE.

La famille romaine constituée selon le type patriarcal nous apparaît dès la fondation de la Ville comme base de la société nouvelle.

Elle est la cellule originaire d'un ensemble complexe qui se développe autour d'elle à son image ; on a souvent remarqué la symétrie parfaite que présente la constitution politique de l'époque royale avec l'organisation de la famille. Dans aucune civilisation le groupe familial n'a eu pareille importance, il y a là un petit Etat dans l'Etat avec son culte, son roi, et ses sujets fonctionnant harmonieusement sous une discipline rigide. Cette famille romaine n'est point fondée sur un besoin de protection réciproque, sur un désir de collaboration mutuelle, inspiré par l'affection et les affinités naturelles ; elle est soumise à une hiérarchie rigoureuse et arbitraire, elle est tout entière à la merci de la Puissance Paternelle. On peut ramener au principe de puissance toutes les institutions juridiques qui réglementent le groupe familial.

Dans la tradition antique de Rome le consentement du père aux Justes Noces est un accessoire de son pouvoir

absolu, ce consentement n'est fondé que sur les exigences familiales, il ne comporte aucune idée de protection.

Le *pater* a sur les *alieni juris* non seulement le pouvoir d'autoriser le mariage mais de l'imposer et même d'exiger le divorce ; il compose la famille selon son gré, sans aucun contrôle, et cette situation est la même quelque soit l'âge des enfants. Il est resté dans les textes des vestiges de ce régime, un fragment d'Ulpien met en lumière cette omnipotence du consentement paternel, le seul requis, celui des parties n'étant même pas nécessaire « *Consentiant si sui juris sunt aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt* » — Ulpien, 5, 2, note 2 (1). Un pareil consentement donné au mariage est un *jussus* plutôt qu'un *consensus*, c'est bien du reste l'expression que nous trouvons chez les auteurs : *duxi uxorem quam pater jusserat*. — Sen. Contr. II, 3, 2.

Quand il s'agit du mariage d'une fille *alieni juris*, le *pater familias* qui l'a en puissance a seul le pouvoir d'autoriser, mais s'il s'agit d'un garçon il faut le consentement de tous les parents qui sont destinés à l'avoir successivement en puissance.

Si nous examinons maintenant la situation des *sui juris* nous voyons qu'ils contractent mariage sans aucune autorisation, les mâles du moins, car les femmes sont en tutelle perpétuelle et obligées de requérir le *consensus* de leur tuteur.

D'autre part, à côté du mariage civil et d'ordre supérieur, les *Justæ nuptiæ*, le Droit Romain connaissait d'autres unions légitimes mais inférieures quant aux effets juridiques qu'elle produisaient : le *concubinat*, le *mariage*

(1) Voir Girard : *Manuel de Droit Romain* (1897), page 147 et en sens contraire, Accarias I. p. 194 note 1.

du droit des gens, le *contubernium*. Pour ces diverses unions, de même que pour les justes noces des *sui juris*, il n'est point question de consentement familial requis. Il y a là au point de vue du Droit naturel et de l'équité une grande contradiction, et l'arbitraire de la théorie romaine est mis en lumière d'une manière flagrante. Ce consentement exigé seulement quand il s'agit d'*alieni juris* et pour les seules justes noces ne correspond pas à une inspiration d'équité naturelle mais satisfait l'intérêt seul du *pater familias*, celui-ci étant libre de composer comme il l'entend la *Domus* qu'il gouverne.

Le temps apporta des modifications à cet état de choses ; à une époque difficile à déterminer le consentement des parties apparut comme nécessaire au mariage. Après la loi Julia (736) ce consentement prime celui du père en ce sens qu'il peut être suppléé au défaut de ce dernier en faisant appel au magistrat. Si donc le père refuse d'autoriser le mariage, le magistrat a qualité pour apprécier la valeur de ce refus, et s'il le déclare injustifié les parties peuvent passer outre (1). M. Girard dit à ce propos : « Le mariage conclu primitivement par les parents pour le compte des enfants est devenu un mariage conclu par les enfants avec une autorisation de leurs parents. »

Il ne faudrait pas cependant exagérer la portée de cette atteinte à la puissance paternelle ; un fragment de Celse nous montre le cas d'un enfant qui s'est laissé contraindre au mariage par son père et l'union est déclarée parfaitement valable ; mais il n'est point dit néanmoins que le consentement de l'enfant soit sans valeur, et si l'on main-

(1) Marcien, D. 23, 2, De R. N.

tient le mariage c'est en s'appuyant sur l'adage « *voluntas coacta, voluntas est* » (1).

On alla plus loin dans la voie du progrès et il fut permis de contracter mariage sans le consentement du père de famille quand celui-ci était en état d'absence ou de folie.

La même loi Julia ci-dessus citée obligeait les pères à doter leurs filles : *qui liberos quos habent in potestate, injurio prohibuerint ducere uxores vel nubere (vel qui dotem dare non volunt ex constitutione dicorum Severi et Antoni) per proconsules provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare.* »

Il y a un pas de géant entre le premier état du droit et la situation créée par ces institutions. Les siècles ont diminué la rectitude barbare des primitives institutions romaines et la nature en lutte sur bien des points avec la loi a gagné de grandes victoires. La dépendance où étaient les enfants, relativement au père, a diminué, la *cognatio* parenté naturelle produit des effets juridiques grâce à l'influence prétorienne, il semble qu'un souffle d'humanité a tempéré la rigidité des vieilles lois.

En matière de consentement une réforme très importante fut accomplie par Honorius et Théodose le jeune 364-378. La tutelle perpétuelle étant tombée en désuétude la femme *sui juris* dut, pour contracter mariage avant l'âge de 25 ans, requérir le consentement des personnes qui sont présumées lui porter le plus d'affection : le père, et à son défaut *la mère ou les autres proches*.

(1) La simple crainte révérentielle n'empêche pas le mariage d'être valable :

« *Si patre cogenti duxit uxorem quam non duceret si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium quod inter invitos non contrahetur ; maluisse hoc videtur, L. 22, De ritu nupt. D. 23, 2.*

Désormais le consentement familial se présente sous un nouvel aspect.

L'idée d'un droit attribué aux parents, fondé sur leur affection et sur la nécessité d'une protection est légèrement dégagée. Ce consentement est devenu plus souple, il apparaît comme un élément secondaire dans le mariage en ce sens qu'il ne supplée pas à la volonté des parties ; néanmoins il est toujours exigé en règle générale ; le fait d'y passer outre est exceptionnel.

Malgré les progrès accomplis par les constitutions impériales la théorie du consentement n'apparaît donc point comme uniquement fondée sur l'affection et la protection dans le droit de Justinien. Celui-ci cependant déclare formellement que le consentement des parents au mariage est conforme aux principes du droit et aux données de la raison naturelle (1), mais comme le fait observer Accarias, « il dit ce qui devrait être plutôt que ce qui est. »

Voilà en substance comment est réglée la théorie du consentement dans le droit de Justinien :

1° Les enfants ne peuvent contracter mariage sans le consentement des ascendants sous la puissance desquels ils sont.

2° Quand le père refuse son consentement le magistrat peut juger le motif de ce refus et les parties passer outre conformément à sa sentence.

3° Quand le père est fou les enfants peuvent librement contracter mariage ; quand le père est captif l'enfant ne se marie librement que si la captivité a duré 3 ans. —

(1) *Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet, in tantum ut jussum parentis præcedere debeat. Lib. I, 2, X, De Nuptiis.*

Loi 9 § 1. *De ritu nupt.* — Quand il est simplement absent, le même délai est nécessaire.

Certains illogismes que nous avons signalés ont donc persisté : le consentement n'est pas requis pour les unions autres que les *Justæ nuptiæ*; il n'y a pas de consentement exigé dans le mariage des *sui juris* sauf le tempérament apporté à propos des filles mineures de vingt-cinq ans par Valens et Valentinien, Honorius et Théodose -- Code, lois 18 et 20.

Les qualités et conditions du consentement sont les suivantes : Il doit être déterminé ; il peut être expressément et tacitement donné (1) ; enfin il doit précéder les justes noces.

En concluant ce rapide aperçu du Droit Romain nous remarquerons que si la théorie du consentement n'est pas arrivée à sa logique parfaite dans cette législation elle n'a pas cessé du moins de progresser et de s'améliorer.

La loi romaine à la fin de son évolution réglait la théorie du consentement de façon plus large et plus libérale que notre Code civil, puisque le refus de ce consentement pouvait être apprécié par le juge et le mariage célébré à son encontre quand il était injustifié. La législation française, après avoir connu l'entière liberté du mariage, a subi une réaction telle, qu'elle est devenue plus étroite que la législation romaine. Les parents peuvent refuser leur consentement en obéissant aux motifs les moins avouables; nul contrôle n'est apporté à leur décision et les enfants ne peuvent passer outre.

Nous allons étudier dans le chapitre suivant comment

(1) « *Si (ut proponis) pater quondam mariti tui, in cujus fuit potestate, cognitis nuptiis vestris non contradixit: vereri non debes, ne nepotem suum non agnoscat.* » Loi 5, Code, De Nuptiis.

l'Eglise élevant le mariage à la dignité de sacrement obtint progressivement le pouvoir absolu d'en régler les conditions. Nous verrons comment la doctrine du consentement fut solutionnée par elle.

Cette seconde étape de notre étude historique nous conduira jusqu'au Concile de Trente.

CHAPITRE II

THÉORIE CANONIQUE DU CONSENTEMENT DES PARENTS

INFLUENCE CHRÉTIENNE SUR LA LÉGISLATION DU BAS-EMPIRE. —
OPINION DES PÈRES SUR LA NÉCESSITÉ DU CONSENTEMENT. —
COMMENT L'ÉGLISE EST-ELLE ARRIVÉE A PRONONCER LA VALI-
DITÉ DU MARIAGE SANS LE CONSENTEMENT APRÈS AVOIR ADMIS
LA NÉCESSITÉ DE CE CONSENTEMENT. — LA TRADITION FRAN-
QUE. — LES CAPITULAIRES. — LES CANONS.

Dès que le Christianisme se manifesta à Rome au milieu des persécutions il éleva la voix contre le libertinage, recommandant la tempérance et les bonnes mœurs. Cette morale de l'Eglise la portait naturellement à donner à ses fidèles des préceptes sur le mariage conformes à la doctrine chrétienne, et elle devait ainsi acquérir progressivement une grande influence sur la législation matrimoniale.

Les règles prohibitives ou impératives prêchées aux fidèles étaient assez différentes de celles contenues dans les lois civiles, et naturellement ces préceptes ne les suppléaient point ; quand il y avait conflit entre la règle civile et la règle chrétienne, la première était la seule qui produisait des effets juridiques ; cependant les instructions de l'Eglise n'étaient pas dénuées de sanctions, les fidèles devaient rendre compte des mariages qu'ils contractaient à l'encontre des prescriptions religieuses et l'Eglise exerçait sur eux un pouvoir disciplinaire qui lui était propre. Il existait toute une série de peines reli-

gieuses efficaces : exclusion des communautés chrétiennes, excommunication, etc.

D'autre part à mesure que le Christianisme se développa il eut une influence directe et grandissante sur les législateurs civils eux-mêmes. Les empereurs chrétiens s'inspirèrent de la doctrine qu'ils pratiquaient et la théorie du mariage selon l'Eglise pénétrant dans les mœurs avec la foi, gagna tout le terrain perdu par la législation païenne. La désagrégation de l'empire romain devait laisser l'Eglise régissant seule le mariage dans toute l'Europe chrétienne ; cette évolution s'était accomplie sans lutte, sans usurpation violente ; dans le dualisme des législations, celle du Christianisme avait continuellement gagné sur l'autre jusqu'à la suppléer complètement, en même temps que la cité nouvelle du Christ s'édifiait sur les ruines du paganisme.

« *Sacramentum hoc magnum est, ego autem dico in Christo et in Ecclesia,* » Cette parole de saint Paul est pour ainsi dire la base de la doctrine canonique du mariage, elle affirme l'essence divine de l'union légitime entre l'homme et la femme. Deux conséquences essentielles en furent dégagées qui se rapportent directement à notre étude du consentement des parents.

1° Le lien du mariage *n'est pas d'essence humaine*, il vient de Dieu, c'est pourquoi ce lien est indissoluble.

2° Le mariage vient de Dieu, l'intervention des parents n'y est point nécessaire (1).

En bonne logique la nécessité du consentement familial se trouve donc supprimée, c'est l'effet d'une déduction

(1) *Le Lien du Mariage*, cours de M. Lefebvre, 1903-04.

rigoureuse ; cependant ce résultat a été en réalité très lent à obtenir, il est apparu seulement au IX^e siècle.

Cette théorie de la suppression du consentement allait à l'encontre de la tradition romaine et des coutumes germaniques, il est donc assez naturel qu'elle ait été péniblement dégagée.

Avant le règne de Dioclétien, il est malaisé de découvrir des documents indiquant les prescriptions de l'Eglise sur le mariage ; mais à partir du IV^e siècle, sous le règne de Constantin, le christianisme est devenu religion des empereurs ; il est adopté par la grande majorité des citoyens, il est libre dans son culte ; nous pouvons donc aisément apprécier sa doctrine et voir quelle influence elle a sur la législation civile. C'est dans le Code Théodosien que nous trouverons les dispositions qui nous intéressent. Ce Code qui fut composé en 438 s'ouvre par les constitutions de Constantin et forme en quelque sorte un recueil de la législation nouvelle due exclusivement aux empereurs chrétiens. Nous y trouvons l'abrogation des lois Caducaires L. 1. C. Th. (8-16) *De infirmandis pœnis cœlibatûs et orbitatis*.

L'inspiration chrétienne, dit M. Lefebvre, (1) apparaît surtout dans l'insistance à épargner aux femmes « *earum cervicibus imposita juris imperia*. » Nous trouvons aussi, dans l'œuvre législative de Constantin, au même Code, des modifications à la poursuite de l'adultère, qui, au lieu d'être laissée à tous, est limitée à un petit nombre de proches. Nous voyons encore naître la théorie de la légitimation par mariage subséquent, celle des « *bona materna* » etc. Mais nulle part n'est mis en question le principe du consentement des parents au mariage.

(1) Lefebvre. — *Leçons d'Introduction Générale à l'Histoire du Droit Matrimonial Français*. — Huitième cours.

Sans doute la doctrine chrétienne réagit contre l'abus de la puissance paternelle (1); il est évident que les modifications heureuses apportées au consentement, modifications que nous avons vues dans le précédent chapitre et qui sont écrites au Code de Justinien sont en partie d'inspiration religieuse. L. 25. C. J. (*De Nuptiis*) — L. 14. C. J. (*De Nuptiis*). Mais il y a bien loin entre ces simples atténuations équitables et la suppression du consentement des parents que nous trouvons en Droit Canon. La *Patria Potestas*, au Bas-Empire, devient plus conforme aux idées de justice naturelle; elle se modifie, elle se base sur des principes nouveaux, mais elle conserve son autorité sur le mariage des enfants. Est-ce à dire que l'Eglise ne vit pas sur ce point se réaliser ses prétentions? La parole des docteurs ne permet pas d'émettre cette hypothèse: Saint Ambroise et Saint Augustin considèrent qu'il est décent de demander aux parents leur consentement pour le mariage, et la nécessité de ce consentement restera même à l'état d'empêchement au mariage dans l'Eglise d'Orient.

Tertullien ad Uxorem II. 8. « Nam nec in terris filii sine consensu patrum rite et jure nubunt. » (2)

De pareils textes ne laissent pas de doute sur l'état de notre question dans la doctrine chrétienne du Bas-Empire. En somme il semble qu'il y ait là une lacune dans la théorie de l'Eglise; nous constatons le premier et le dernier degré d'une évolution; l'influence de l'Eglise au iv^e siècle conduit à des atténuations de la puissance paternelle et à des modifications du consentement paternel au mariage;

(1) A propos de la puissance paternelle Saint-Augustin apostrophe en ces termes la religion chrétienne: « *Tu parentibus filios libera, quadam servitute subjungis parentis filiiis, tua dominatione præponis* »

(2) Voir aussi saint Basile. *Epist. ad Amphit... can. 42.*

d'autre part nous voyons ce consentement supprimé au ix^e siècle et cet état de choses confirmé par le Concile de Trente; mais comment relier les deux termes, comment admettre que le résultat a été obtenu par des transformations successives et insensibles étant donné l'opinion des Pères aussi nettement affirmée à l'origine dans le sens du maintien du consentement? Devons-nous donc en induire que la suppression du consentement au Moyen-Age est une anomalie, un phénomène isolé, anormal, survenu arbitrairement dans la théorie, et relevons-nous là un défaut d'harmonie dans l'édifice?

Nous croyons pouvoir considérer cette situation, illogique en apparence, plutôt comme un arrêt dans l'élaboration de la théorie du droit canon sur le consentement des parents au mariage. L'Eglise n'a pas dès l'origine édifié des doctrines définitives; Paris ne s'est pas bâti en un jour, dit-on vulgairement; le Christianisme a posé dès les premiers siècles les bases de sa morale et de ses dogmes, mais les conséquences sociales et juridiques des préceptes ont été plus ou moins lentes à se dégager, suivant qu'elles étaient plus ou moins contraires à des traditions lointaines.

Le Christ a dit: « *Quod Deus conjunxit homo non separet* » (1): il ne peut dépendre de la volonté des hommes quels qu'ils soient de briser un mariage conclu par Dieu; les Canons sont donc en conformité avec ce principe quand ils disent en substance: « Il n'est pas au pouvoir des parents de confirmer ou d'annuler les mariages contractés par leurs enfants sans leur consentement », mais il a fallu, pour arriver à cette déduction, vaincre l'influence romaine

(1) Evangiles, saint Mathieu XIX, verset 6.

de la *Patria Potestas* et triompher des coutumes apportées en Occident par les Barbares ; de là les divergences que nous relevons dans l'Eglise elle-même sur la théorie du consentement (2).

Au point de vue du mariage, les Germains avaient apporté des usages, qui n'étaient pas beaucoup plus que les lois romaines en harmonie avec l'équité naturelle, et par conséquent devaient se trouver en opposition avec la morale chrétienne.

M. Lefebvre, dans son *Introduction à l'histoire du Droit matrimonial*, nous indique, comme références sur cette partie de notre étude, le « *De moribus Germanorum* » de Tacite, des fragments du « *De bello Gallico* » de César, les rédactions des lois Barbares, les récits d'histoire du temps, en particulier Grégoire de Tours, les formules, les chartes et spécialement le formulaire très important de Marculphe.

La famille germane apparaît comme plus large que la famille romaine ; elle comprend la parenté paternelle et maternelle, elle n'est pas dominée par la puissance d'un chef mais par l'autorité collective des hommes devenus majeurs et combattants. C'est cette autorité qui est appelée « *mundium* » ; elle semble répondre à une notion de tutelle. Quand il s'agit de mariage l'assentiment de ce pouvoir est requis, et ce consentement ne semble lui aussi fondé que sur les exigences de la discipline familiale.

Un des traits caractéristiques du consentement familial au mariage chez les Germains c'est la portée différente qu'il a quand il s'agit d'un fils ou d'une fille. Le jeune

(2) *Segobiensis II, 320 Canon III non placet, Evaristus enim Clemens III et concilium Carthaginense III sunt contrariæ opinionis : per 1200 annos Ecclesia tenuit clandestina non esse matrimonia rata, antequam succedat consensus parentum.*

homme devenu viril n'est plus soumis au *mundium*, il est émancipé de cette tutelle et peut donc se marier sans consentement de famille ; cependant il semble résulter des textes qu'à titre de convenance morale l'assentiment des proches était requis (1). Au contraire le mariage des filles et surtout des jeunes filles suppose le concours des parents et dépend même de leur volonté (2). En vue d'obtenir cet agrément des parents, le fiancé avait coutume d'offrir de notables présents : « *Intersunt parentes et propinqui ac munera probant* » (Tacite). C'est pourquoi le mariage des Germains a été souvent considéré par les historiens comme un véritable achat : la femme était donnée en échange du « *pretium nuptiale* » ou « *pretium uxoris*. » M. Lefebvre combat cette idée.

Les Francs se convertirent en masse au christianisme et leurs coutumes se combinèrent progressivement avec les préceptes de l'Eglise en se pliant à leur direction. Les temps qui suivirent les Invasions sont la période d'élaboration féconde des coutumes matrimoniales françaises. Les vestiges du Droit Romain, les traditions Franques et surtout l'inspiration des Ecritures Saintes collaborèrent à la construction définitive. Mais cette combinaison n'est pas faite d'influences égales. Le souvenir des Institutions Romaines n'y a qu'une faible part ; dans le heurt des usages Germaniques et du droit Romain, c'est ce dernier qui est éclipsé. La doctrine chrétienne ayant rencontré de grands enthousiasmes chez les conquérants convertis et un « ensemble de tendances morales » (3) qui lui offre un terrain

(1) Beaumanoir, ch. 21. *Formules de libelli dotis* au Recueil de de Rozières.

(2) Lefebvre, ouv. cit. XIV^e et XV^e cours, p. 352.

(3) M. Lefebvre, ouvrage cité.

fécond, continue de réagir contre les constructions classiques du mariage romain minées déjà depuis deux siècles.

Essayons de percevoir dans les lois rédigées après la conversion des Barbares, la suprême atteinte portée à la puissance paternelle : l'émancipation des enfants au point de vue du mariage.

Quand nous constatons dans le Droit Romain des Empereurs chrétiens des modifications et atténuations de la puissance paternelle nous pressentons déjà l'édification des principes canoniques sur la liberté des enfants au point de vue du mariage. L'opinion des Pères sur la nécessité du consentement nous obligea de reconnaître les grandes difficultés que rencontrait l'évolution de la doctrine « *quod Deus conjunxit...* » pour arriver à son terme logique, la suppression du consentement des parents. Maintenant encore et dans cette civilisation nouvelle la théorie d'émancipation complète n'est pas mûre et les textes ne nous donnent qu'une confirmation de la nécessité du consentement.

Le Canon 21 du Concile de Tours de 567 nous apprend que Childebart, Caribert et Clotaire avaient décidé *ut nullus ullam puellam absque parentum voluntate accipere præsumat*.

Nous trouvons aux Capitulaires du roi Dagobert, deuxième partie, sous le titre *Lex Allemanorum*, cap. 54, art. 1 « *si quis filiam alterius non desponsatam acceperit sibi uxorem, si pater ejus eam requirit, reddat eam, et cum quadraginta solidis eam componat.* »

Aux capitulaires des rois de la deuxième race recueillis par *Benedictus Levita* nous lisons « *Aliter legitimum, ut a patribus accepimus et a sanctis apostolis eorumque successoribus traditum invenimus non fit conjugium, nisi ab his, qui super feminam dominationem habere videntur uxor petatur*

etc... taliter et domino placebunt et filios non spurios sed legitimos atque hæreditabiles generabunt. »

Ce fut la genèse du fameux Canon « *aliter* » très vivement controversé par Pothier : *Théorie du Contrat de mariage*, 323. — Ce texte qui a servi d'arme et d'argument à des auteurs d'opinions très diverses, semble bien cependant militer en faveur de la non nécessité du consentement (1). Dès le VIII^e siècle cette opinion nouvelle, qui triomphera au XII^e siècle fait son apparition ; c'est en Touraine dans les formules de Sirmond CCXLI (*Recueil général des Formules*, de Rozières, t. I. p. 290) que nous trouvons pour la première fois l'affirmation de la validité du mariage sans consentement des parents. Ce texte est une réponse de Nicolas I^{er} aux Bulgares, il forma le Canon I^{er} du Décret de Gratien, (causa XXVII^e, quest. 2. édition Friedberg du Corpus). (2) Le voici tel que nous le lisons au recueil de formule :

(1) Voir la critique du Canon *aliter* dans la thèse de M. l'abbé Vantroys. « Le Consentement des parents au mariage ». Voir encore le travail de M. Franck Bernard sur le consentement des ascendants, p. 88, note I.

(2) Nicolas I^{er}, après avoir décrit les cérémonies en usage pour la célébration du mariage, déclare qu'il y a péché à se soustraire à ces formalités, sauf en cas de nécessité absolue, mais qu'en réalité la seule condition requise pour la validité du mariage c'est le consentement des parties *de quorum conjunctionibus agitur.* »

« *Peccatum autem esse si hæc cuncta in nuptiali fœdere non interveniant, non discemus, quemadmodum græcos vos adstruere dicitis, præsertim cum tanta soleat arctare quosdam rerum inopia ut ad hæc præparanda nullum his suffragetur auxilium ; ac per hoc sufficiat secundum leges solus eorum consensus de quorum quarumque conjunctionibus agitur.* »

Ce Canon a été controversé par Le Merre, avocat au Parlement (*Justification des usages de France, sur les mariages des enfants de famille*. 1867, p. 153.)

« *Viventibus patribus inter filios familias sine voluntate eorum matrimonia non legitima copulantur sed contracta non solvuntur.* »

Ce document très concluant en apparence n'a pas en réalité toute l'importance qu'on serait porté à lui donner. On ne saurait en effet le considérer comme une base de la théorie canonique ; la formule CCXLI est d'inspiration romaine, elle repose sur une interprétation très douteuse d'une sentence de Paul (II. XIX al. XX 2). « *Eorum qui in potestate patris sunt sine voluntate ejus matrimonia non contrahuntur ; sed contracta non solvuntur.* » Etant donné l'état du droit à l'époque où vivait Paul (II^e siècle) on ne peut guère donner à cette sentence d'autre sens que celui-ci : « Si le mariage a été contracté avec la volonté du père de famille, celui-ci ne pourra plus le dissoudre ». Cependant Cujas donne à ce texte un sens conforme à la thèse canonique. Mais Pothier dit à ce sujet : « Je réponds en ces termes : « *sed contracta non solvuntur* » ne doivent pas s'entendre dans le sens qu'ils paraissent d'abord présenter ; il faut rapprocher ce texte d'un autre des sentences de Paul « *Bene concordans matrimonium separari a patri Divus Pius prohibuit.* »

En résumé les textes des VII^e, VIII^e ou IX^e siècles ou bien sont nettement affirmatifs sur la nécessité du consentement ou bien sont amphibologiques et ont été tellement controversés qu'une grande obscurité en est résultée. Nous ne nous lancerons point dans la critique et l'exégèse de ces textes ; ce travail déjà maintes fois entrepris ne permet que très difficilement la découverte de solutions précises. Cependant sans entrer dans ces travaux considérables et sans nous fonder sur les canons controversés nous pouvons d'ores et déjà constater un progrès vers l'émancipation des enfants au point de vue matrimonial.

Et d'abord l'Eglise a ratifié la coutume des Germaines sur le mariage des jeunes hommes virils ; affranchis du *mundium*, ils sont susceptibles de se marier sans consentement. C'est un grand pas de fait vers la liberté complète ; de plus nous voyons pour les jeunes filles se dessiner un progrès évident dans le même sens. Nous avons vu que celles-ci non seulement ne pouvaient se marier sans consentement, mais encore pouvaient être « *desponsata* », fiancées, contre leur gré.

L'Eglise réagit et proclama le principe qu'elles ne seraient plus *desponsata* sans leur volonté (1) à partir d'un certain âge. De plus elle décida que la jeune fille fiancée sans son consentement pourrait refuser d'exécuter la promesse. (2)

Dans Yves de Chartres nous trouvons formellement énoncée la règle que la *desponsatio* d'une fille même impubère n'a point de valeur si elle-même n'y consent (Ep. CC XXXIV p. 237) mais l'auteur ne semble point mettre en question la nécessité du consentement des parents. Cependant d'autre part le même Yves de Chartres n'indique formellement que deux empêchements dirimants au sacrement de mariage : la bigamie et l'inceste : « *Responsum est a Domino nullum conjugatorum fieri posse divorcium,*

(1) Wasserschleben, Bussordnungen, Capitula Theodori Dacher C. CX VIII « *Pater filiam suam usque ad XV annos sine voluntate sua non licet* » — Pœnitentiale Theodori II 12 § 36 « *Post hanc ætatem (XVI vel XVII annos) patri filiam suam contra ejus voluntatem non licet in matrimonio dare.* » — Pœnitentiale pseudo Theodori C. IV § 27 : « *Puella vero XVI vel XVII annorum sit in potestate parentum, post hanc ætatem non licet parentes ejus dare in matrimonium contra ejus voluntatem.* »

(2) *Concilium Compendiense* a. 757. VI.—Voir Esmein, *Le Mariage en droit canonique*, tome I^{er} page 154.

excepta fornicationis causa. Sed quia secundum apostolicam doctrinam thorum immaculatum et honestum connubium oportet esse in omnibus, crescente religione Christiana ad causas divortii additus est incestus, » (1)

Ne reconnaître que ces deux empêchements dirimants c'est implicitement dire que le défaut de consentement des parents n'en est pas un et que le mariage ne peut être annulé quand on y a passé outre.

Hincmar de Reims déclare péremptoirement que le consentement des parents est nécessaire (Helfe. *Hist. des Conciles*, trad. Franç. XV. 427.).

En somme, c'est au ^{xiii}^e siècle seulement, après Gratien et Pierre Lombard, que la théorie canonique n'est plus douteuse. L'œuvre de ce siècle devait être de fondre en un système harmonique la théorie de la formation du mariage.

Gratien, moine Carnaldule de Bologne, composa son livre « *Concordia discordantium canonum* » entre 1139 et 1144 d'après Schulte (*geschichte der quellen und Litteratur des canonischen rechts*). En réalité, les doctrines de Gratien indiquent une forte réaction contre les tendances libérales que nous avons signalées plus haut dans la théorie du mariage. Gratien se ressent de ses origines, il est influencé par la tradition romaine, sa conception de la puissance paternelle est presque conforme aux lois de l'Empire; nous ne trouvons point, dans son œuvre la distinction germanique entre la desponsatio et le mariage.

(1) Ep. CCXXX, Texte cité dans *Consentement des époux au mariage*. Glasson II, ch. I^{er} page 40.

Pour lui cette desponsatio c'est le *conjugium initiatum*, et nous trouvons en note dans l'ouvrage de M. Esmein déjà cité, le *Mariage en droit canonique*, une application de ces principes au mariage de la fille :

Summa p. 126 « *Ait enim Ambrosius : quæ vult nubere, etc...* » (Esmein page 157, note 2.)

Néanmoins nous trouvons dans l'ouvrage de Gratien l'affirmation très précise de la seule nécessité du consentement des parties au mariage. Le canon I du *Decretum* s'exprime ainsi (causa xvii, quest. 2) : « *Sufficiat solus secundum leges eorum consensus, de quorum quarumque conjunctionibus agitur. Qui consensus si in nuptiis solus, forte defuerit, cætera omnia etiam cum ipso coitu celebrata frustrantur* ».

Voilà qui semble bien exclure le consentement des parents comme élément essentiel de la validité du lien.

Pierre Lombard qui composait ses « *Libri Sententiarum* » à l'Université de Paris pendant que Gratien étudiait à Bologne, se trouva en désaccord avec ce dernier sur bien des points du Droit Canon. Ce furent les doctrines de Pierre Lombard qui eurent le pas sur celles de Gratien à peu près dans toutes les questions controversées. Sur le consentement des parents au mariage l'autorité de Pierre Lombard ne fit que confirmer celle de Gratien (1).

(1) D'après Pierre Lombard, seul est de l'essence du sacrement de mariage, « *ad substantiam sacramenti* », le consentement actuel et libre des époux : « *consensus de præsentî* ». Il faut distinguer dans le sacrement les éléments essentiels et les éléments secondaires « *ad decorem et solem sacramenti*. »

« *In hujus enim sacramenti celebratione, sicut in aliis quædam sunt pertinentia ad substantiam sacramenti, ut consensus de præsentî qui solus sufficit ad contrahendum matrimonium ; quædam vero pertinentia ad decorem et solemnitatem sacramenti ut parentum tradi-*

A la même époque (xii^e siècle), Saint Thomas d'Aquin soutint la thèse du mariage valable sans consentement des parents.

« *Ipsi conjuges per mutuum consensum se conjungunt, et sunt etiam res quæ conjunguntur in matrimonio, et consequenter consensus ipsorum, est materia; ut autem verbis exprimitur, est forma.* »

Enfin Innocent III décide dans le même sens (1) — Décretales de Grégoire IX « *Matrimonium autem solo consensu contrahitur.* » C. XIV X. De sponsal. IV. 1.

Le mariage au XIII^e siècle apparaît donc dans la pureté et la simplicité du sacrement : c'est un lien créé par la volonté des époux et consacré par Dieu. Toutes les formalités extérieures sont accessoires ; ce ne sont que des usages, conformes sans doute à la bienséance ; il y a même péché mortel à s'en dispenser, mais ils n'ont aucune part dans la validité du mariage. Le consentement des époux échangé par « *verba de præsentî* » (2) les unit entre eux pour l'éternité.

Cette doctrine, tout à fait conforme à l'esprit évangélique, avait une grande portée sociale ; elle ouvrait le mariage à tous ; l'Eglise émancipait l'enfant de la puissance paternelle au point de vue conjugal de même qu'elle lui avait permis précédemment de s'obliger par serment et

tio, sacerdotum benedictio et hujus modi; sive quibus legitime fit conjugium quantum ad virtutem non quantum ad honestatem sacramenti. » Sentent. lib. IV dist. XXVIII, 2.

(1) Décretale « *per tuas litteras.* »

(2) Les *sponsalia de futuro* » ou fiançailles gardent une grande importance mais elles ont le simple caractère d'un contrat, elles créent une obligation entre les parties, obligation qui se résout par le mutuel dissentiment et dans un certain nombre de cas déterminés.

d'entrer en religion dès sa puberté, c. XIV, XV c. XXII qu. 5 — c. 1 (10^e Conc. de Tolède); c. II (Concile de Tribur) c. XX qu. 2. Ces dispositions que nous n'analysons pas dans le détail étaient autant de prémices conduisant à la conclusion logique enfin acquise : l'indépendance des enfants au point de vue du mariage.

Il suffit à l'Eglise d'être conforme à la lettre de l'Evangile ; l'indissolubilité lui semble un moyen suffisant pour retenir et éviter les unions inconsidérées. Le mariage autorisé sans l'assentiment familial c'est le grand préservatif contre les unions illégitimes ; permettre aux parents de faire annuler une union existante ce serait ouvrir une porte au désordre et à l'immoralité.

Quelle que soit donc l'opinion qu'on ait sur les divergences de textes du *Corpus Juris Canonici* en notre matière, et sur les obscurités qui entourent l'élaboration de cette doctrine définitive : que l'on affirme avec les uns qu'il y a là une véritable incohérence, avec les autres que l'Eglise n'a pas varié sur cette question — secondaire en somme et de pure discipline — de la validité du mariage sans consentement des parents (1), ou bien que l'on considère, ainsi que nous le pensons, le résultat obtenu conforme aux principes évangéliques mais atteint après une évolution lente, discontinue, rendue pénible par la résistance des traditions, cela n'est pas en réalité d'importance capitale. Il suffit de constater des faits pertinents au XIII^e siècle : L'Eglise est seul juge incontesté de la validité du mariage ; elle seule a qualité pour édicter des

(1) M. l'abbé Vantroys dans sa thèse sur le consentement des parents soutient cette opinion et commente d'une façon ingénieuse et très remarquable les canons controversés.

empêchements, le défaut de consentement des parents n'en est pas un.

A peine édifiée sur ses bases, la théorie canonique va rencontrer dans la société séculière une opposition timide d'abord, puis de plus en plus violente. Dans notre prochain chapitre nous en suivrons les étapes dans la législation royale, dans les écrits des civilistes, et dans la jurisprudence.

La validité du mariage sans cérémonies extérieures et sans consentement de famille provoque le double inconvénient appelé par les auteurs du temps « vice de clandestinité », les mariages clandestins proprement ou improprement dits (1) vont donner prise à d'innombrables critiques et à des doléances sans nombre.

Si l'on considère qu'un mariage pouvait être contracté au Moyen-Âge sans la présence de nul témoin, on conçoit aisément les abus qui pouvaient en découler; la littérature est pleine d'exemples de ce genre d'unions, et l'Eglise n'avait, pour pallier à leurs inconvénients, que la crainte du péché mortel, que l'on commettait en agissant de la sorte, ou bien la procédure du « rapt » (2) qui annulait le

(1) Les auteurs appellent également mariage clandestin celui qui est contracté sans cérémonies extérieures ou sans l'assentiment des parents. (Ayrault. Opuscles. *De la Puissance paternelle*, page 267).

(2) Justinien. *L. Icod. de Rapt. de virg.* « *Nec sit facultas raptæ virginis vel viduæ raptorem ut suum sibi maritum exposcere.. nullo modo, nullo tempore datur licentia.* Aux capitulaires de Charlemagne : Celui qui a ravi une jeune fille « *unquam illam uxorem habeat* ». 6.60. « *Eas nullatenus habeant uxores* » ; 7.395. Le Concile de Pavie, *Ticinense*, cap.10 en 1850 dit aussi « *Puellæ ipsæ a quibus raptæ sunt, legitimatæ demum uxores nullatenus esse possunt.* »

Depuis Innocent III et le Concile de Trente le mariage est

mariage. Mais pour que l'union soit viciée de « rapt » et annulable il était nécessaire que certaines conditions canoniques soient remplies, entre autres la violence dans le « rapt de violence » ou les manœuvres délictueuses dans le « rapt de séduction » (1).

D'autre part pour le vice de clandestinité improprement dit, le seul qui nous intéresse, c'est-à-dire le défaut de consentement des parents dans le mariage, il est très normal qu'il ait trouvé une grande opposition dans la société féodale. Le mariage d'un seigneur soulève d'importantes questions de famille; comment se peut-il que le moyen soit licite de le contracter à l'insu des parents ? Un chevalier

permis entre la personne ravie et le ravisseur quand celle-là n'est plus sous la puissance de celui-ci, c'est-à-dire quand ce vice a cessé. « *A raptore separata et in loco tuto constituta*.

(Références données par Pothier. *Le Contrat de Mariage*, III^e partie, ch. III, page 103).

(1) Le fait même que le rapt de séduction soit un empêchement du mariage est vivement controversé. Il paraît certain qu'à l'origine l'Eglise ne l'ait point prévu, et il ne devint empêchement dirimant que par une interprétation plus large des auteurs, interprétation très logique en réalité : le dol et la séduction sont des vices du consentement au même titre que la violence. La personne séduite n'a point réellement consenti, elle est, disait Guy Coquille, « gagnée par blandices et allèchements. » « Il se fait dans la personne séduite, dit Théveneau, un transport et enlèvement de bon sens. » Lamoignon dans le tome III du *Journal des Audiences*, liv. II, ch. II, s'exprima dans le même sens : « Le rapt de violence n'exerce son pouvoir que sur le corps, tandis que l'autre l'exerce sur l'esprit, nos propres passions se boutent alors contre nous et sont d'intelligence pour nous trahir. »

Enfin Gerbais développe la même idée : « Ce qu'il y a de méchant et d'injurieux dans le rapt, ne vient pas toujours du côté de la violence mais aussi quelquefois du côté de la séduction seule qui, en enlevant le cœur d'une jeune personne lui enlève aussi son choix et sa liberté. — Gerbais, *Traité du pouvoir de l'Eglise et des princes sur les empêchements de mariage*, Paris, 1696, p. 518.

admettra-t-il que sa fille se marie dans une autre sphère que la sienne? Ces sentiments, nous les verrons apparaître dans les ordonnances royales du xvi^e siècle ; l'intérêt que la société séculière voudra défendre, c'est l'intérêt de la famille ; il ne s'agira point de protéger les enfants contre des unions mal assorties et susceptibles de causer leur malheur, on voudra par dessus tout parer aux mésalliances. Aussi l'Eglise va se refuser à admettre ces réclamations même quand les princes séculiers, les rois de France, lui demanderont d'intervenir sur ce point.

Avant même la requête adressée au Concile de Trente nous trouvons des traces de l'hostilité que rencontrent les mariages clandestins en France. M. P. Viollet, dans son *Histoire du Droit civil*, au chapitre du mariage, nous signale dès le xiv^e siècle un jurisconsulte qui ose soutenir le droit pour les séculiers de connaître des causes du mariage. Cette opinion est affirmée dans un traité appelé « *Cy parle du pouvoir au prince séculier contre Prélas* », conservé aux archives du Pas-de-Calais, folio 32. Enfin le Concile de Cologne qui se réunit en 1536, est très visiblement impressionné par les revendications séculières.

La validité du mariage sans consentement des parents y est très clairement confirmée, mais il semble qu'on désire voir cet état se modifier ; la déclaration suivante ne laisse même pas de doute sur ce fait :

« *Optandum ut canon Evariste pontificis (aliter, etc.) concilio generali renoretur, tollanturque illa clandestina matrimonia quæ invitis parentibus ac propinquis veneris potius quam Dei causa contrahentur* » (1).

C'est du reste au xvi^e siècle que les protestations de la

(1) *Labbens et Cossortius, Concilia*, t. XIV. p. 543.

société féodale contre les mariages clandestins ont leurs manifestations officielles et tangibles : l'ordonnance de Henri II publiée en février 1556, et la requête présentée au Concile de Trente le 24 juillet 1563.

Nous verrons dans le chapitre suivant quelle fut la portée de ces événements. Nous allons assister aux ^{xvi}^e, ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles à la lutte du pouvoir civil contre la législation canonique ; cette lutte a pour cause première la résistance de l'Eglise sur la validité des mariages contractés sans le consentement des parents : ce point du droit canon sera la pierre angulaire de l'édifice des civilistes, et nous verrons se développer la théorie du mariage contrat civil, indépendant du sacrement, réglé par la loi civile, tandis que le sacrement, domaine pur de la conscience, reste sous l'autorité de l'Eglise.

Cette dernière partie de notre étude historique nous conduira jusqu'à la Révolution.

CHAPITRE III

LE POUVOIR CIVIL ENTRE EN LUTTE CONTRE LE POUVOIR ECCLÉSIASTIQUE SUR LA LÉGISLATION DU MARIAGE

MODIFICATIONS PROFONDES APPORTÉES PAR LA RENAISSANCE
DANS L'ÉTAT D'ESPRIT ET LES MŒURS. — LE CONCILE DE
TRENTE. — LES TROIS PHASES DE LA LÉGISLATION DES OR-
DONNANCES. — LA NULLITÉ DU MARIAGE N'EST PAS ÉDICTÉE
PAR LES ORDONNANCES, ELLE EST OBTENUE PAR LA DOCTRINE
ET LA JURISPRUDENCE AU MOYEN DE LA FICTION DU « RAPT
DE SÉDUCTION ». — ÉTAT DU DROIT AU XVIII^e SIÈCLE.

Le xvi^e siècle fut une période dangereuse pour la législation édictée par l'Eglise. La renaissance des idées romaines dressait en face des prescriptions canoniques les antiques Institutions des Empereurs ; la Réforme d'autre part ébranlait les dogmes, et le pouvoir royal, se développant chaque jour au détriment des puissances féodales, tentait de reprendre à l'Eglise une part des attributions qu'il considérait lui appartenir.

Le xvi^e siècle c'est l'époque où un partage se distingue entre les attributions de l'Eglise et du pouvoir civil en matière de mariage ; aucune tentative n'est faite cependant pour contester à la législation et juridiction ecclésiastiques le droit de régler les conditions du lien conjugal, mais il apparaît de plus en plus que la puissance séculière affirme son pouvoir sur les effets *civils* du mariage.

Les récriminations contre la double clandestinité sont devenues plus âpres avec un retour offensif de la puissance paternelle. Ayrault dit en parlant de cette puissance : « L'enfant se dict qui plus est que par les lois » divines et de l'Eglise il se peut marier ; prendre telle » vocation qu'il luy plaict ; faire vœu outre le gré et consentement de ses père et mère. Où consisterait donc » sous le christianisme ce commandement de les honorer ?

» Où pourrait estre cette auctorité et puissance contre laquelle vous craignez tant de heurter ?

» Si les enfants sont dispensés d'obéir à leur père et mère es cas que nous venons de toucher, ceux qui restent quels sont-ils ? » (1)

Dumoulin aura un langage bien plus violent pour juger l'œuvre du Concile de Trente, et Estienne Pasquier dira : « Bien sçai-je que depuis quelques centaines d'ans quelques moines rapetasseurs de vieilles gloses nous ont insinué ceste barbare et brute opinion que de Droit canon le consentement des père et mère n'estoit requis au mariage de leurs enfants que par honneur et non de nécessité. C'est vrayment l'advis de gens nourris en l'obscurité d'un cloistre, cela tient plus du paganisme que du chrétien. » (2) Et dans Rabelais même, au livre III de *Pantagruel*, ch. XLVIII, nous lisons :

« Comme très bien avez dict, loy au monde n'estoit qui » es enfans liberté de soy marier donnast, sans le sceu, » l'aveu et consentement de leurs pères. Moyennans les

(1) *De la puissance paternelle.* — Ayrault MDXCVIII. Opuscules et divers traités, pages 342 et suivantes.

(2) Estienne Pasquier, lettre III 1. dans œuvres t. II Amsterdam, 1723 col. 52.

» loix dont je vous parle (les lois canoniques) n'est ruf-
» fian, forfant, scelerat, briguant... (etc.), meschant en
» leurs contrées, qui violement ne ravisse quelque
» fille il voudra choisir tant soit noble, belle, riche, etc. »

Le relâchement des mœurs a permis aux enfants de famille d'abuser de l'indépendance que leur laissaient les préceptes canoniques ; alors qu'aux siècles précédents on ne s'était pas ému outre mesure de cet état du droit, des plaintes s'élèvent maintenant de bien des côtés par suite de désordres multiples.

Avant d'examiner le premier acte législatif du pouvoir royal sur notre question, l'ordonnance de Henri II, 1536, nous allons préciser les conclusions du Concile de Trente, postérieures, il est vrai, à la dite ordonnance, mais il nous sera plus facile de rattacher ensuite l'acte de Henri II aux édits de ses successeurs sur notre matière.

C'est à la dernière session du Concile, 24 juillet 1563, que le cardinal de Lorraine demanda au nom du roi très chrétien Charles IX, que les mariages clandestins soient déclarés irréguliers. « Prière est faite au Concile de décider non valables les mariages contractés par les enfants de famille en dehors de leurs parents. Si l'on craint de voir le père refuser un peu injustement le consentement matrimonial, le Concile pourrait fixer aux pères un délai après lequel les enfants auraient le droit de passer outre. » La forme respectueuse de cette demande montre bien que le roi de France ne se croyait pas fondé à édicter des empêchements de mariage. Aucune allusion n'est faite à l'idée de prononcer lui-même la nullité ; c'est au Concile qu'il s'adresse en le *priant* de déclarer que le mariage ne sera ni juste ni légitime. (1)

(1) M. Le Febvre à son cours « *Le Lien du mariage* » 1903-1904.

Les débats furent longs et passionnés sur cette double question de la clandestinité. Pallavicini, dans son *Histoire du Concile de Trente*, livre XXII, donne un compte rendu très intéressant et documenté de ces débats qu'il nous est impossible d'analyser dans les limites étroites de cette étude.

En fin de compte et après beaucoup de discours remarquables dans les deux sens, des conclusions nettes furent posées.

La publicité du mariage fut établie à peine de nullité. Les époux sont déclarés incapables de se marier sans la présence du prêtre et des témoins; cette décision fut prise non sans difficultés et pour remédier aux mariages clandestins proprement dits dont l'abus devenait inquiétant.

Mais sur le second chef de la requête, le seul qui nous intéresse ici, le Concile resta inflexible; il confirma la validité du mariage sans le consentement des parents. « *(Eos sancta synodus anathemate damnat) qui falso affirmans matrimonia a filiis familias sine consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere posse* » a déclaré le Concile dans sa XXIV^e session, confirmant une tradition que l'Eglise a toujours conservée depuis.

« Quoiqu'il ne faille pas douter que les mariages clandestins, contractés du consentement libre et volontaire des parties, ne soient valides et de véritables mariages, tant que l'Eglise ne les a pas rendus nuls; et qu'il faille par conséquent condamner, comme le Saint Concile condamne d'anathème, ceux qui soutiennent faussement que les mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs parents sont nuls, et que les pères et mères peuvent les rendre bons ou les annuler; la Sainte Eglise néanmoins les a toujours eus en horreur

et toujours défendus pour de très fortes raisons. » (1)

L'Eglise refusait donc définitivement d'écouter les revendications de la société séculière fondées sur l'intérêt de la famille et non de l'enfant (2) ; après le Concile la situation n'est donc point changée, elle est au contraire confirmée.

On ne peut objecter de ce fait que le Concile ne fut reçu en France qu'après 1615, et des difficultés qu'il y eut à cette admission pour dire que son influence n'y fut pas ressentie. Les décisions prises devenaient obligatoires dans toute la chrétienté, elles engageaient tous les fidèles ; les enfreindre ou les contredire publiquement eut été faire œuvre schismatique ; cela est si vrai que, malgré la non réception officielle du Concile, nous remarquerons le respect que lui portent les souverains dans leurs ordonnances et l'application qu'ils prennent à ne pas l'enfreindre.

Les édits des rois de France, inspirés par le désir de réprimer les mariages contractés sans consentement, ne les déclarent jamais péremptoirement nuls de ce fait ; ils essayent seulement d'agir par les moyens qui sont à leur disposition tout en respectant la lettre du Concile.

En adoptant le plan indiqué par M. Lefebvre, à son cours (*Le Lien du Mariage*, 1903-04), nous allons distinguer trois phases dans la période des ordonnances royales.

*
* *

(1) Vantroys, ouv. cité p. 216.

(2) L'Eglise a toujours conservé cette tradition. Elle réprouve et prohibe les mariages contractés sans l'assentiment des père et mère, mais elle n'en prononce pas la nullité. Lettre de Pie IX à Victor Emmanuel, 19 sept. 1832. Encyclique de Léon XIII, 10 février 1880.

I^{re} Phase. — Les actes législatifs émanés du pouvoir royal qui nous intéressent sont les ordonnances de 1556, 1579, 1629, 1639 et 1697.

Notre première phase (1556-1615) est celle des pénalités prévues contre les mineurs qui se marient sans consentement et ceux qui les aident. Les édits n'ont pas de portée plus grande, et si nous voyons l'*Ordonnance de Blois* mettre en avant le fameux moyen du crime de rapt, ce n'est pas du tout dans le sens qu'il eut dans la suite.

Henri II, dans son ordonnance de février 1556, n'a point la prétention de légiférer sur la validité du mariage (1). Il essaye simplement par des moyens qui sont à sa portée et sans atteindre les règles canoniques d'enrayer les mariages contractés sans consentement.

Nous avons déjà dit que, dès la fin du xv^e siècle, il apparaît que l'indépendance des enfants susceptibles de se marier dès leur nubilité, cause quelques désordres. (2) Les récriminations des auteurs l'établissent, et même en dehors de ces inconvénients il est normal que la noblesse ait protesté vivement contre une atteinte grave au maintien des prérogatives familiales. On ne peut donc s'étonner de voir le roi s'émouvoir de cet état de choses et légiférer sur la question ; des raisons profondes l'y poussent. Au surplus, une raison particulière et personnelle est rapportée par l'histoire comme ayant été la cause détermi-

(1) Duguît prétend cependant que cette ordonnance porte en elle la revendication de la part du pouvoir temporel des droits exercés par l'Eglise depuis dix siècles.

(Duguît, *Etude historique sur le rapt de séduction*. Nouv. rev. hist. de droit. 1886, p. 606.

(2) Voir, plus haut, Synode de Cologne (1536).

nante de l'ordonnance de 1556 (1). Henri II voulait, paraît-il, marier le fils du Connétable de Montmorency avec une fille qu'il avait eue de Diane de Poitiers, mais le jeune homme avait déjà contracté un mariage secret. L'anecdote est rapportée par Leridant, avocat au Parlement, (*Code matrimonial*, pages 534 et suivantes).

Voici la teneur de l'ordonnance :

« Henry, par la grâce de Dieu roy, etc. Comme sur la
» plainte à nous faite des mariages qui journallement par
» une volonté charnelle, indiscrete et désordonnée, se
» contractent en notre royaume par les enfants de fa-
» mille au deçu et contre le vouloir et consentement
» de leurs père et mère, n'ayant aucunement devant les
» yeux la crainte de Dieu, l'honneur, révérence et obéis-
» sance qu'ils doivent en tout et partout à leurs dits pa-
» rents lesquels reçoivent très grand regret, ennuy et dé-
» plaisir des dits mariages, nous eussions (longtemps à)
» conclu et arrêté sur ce faire une bonne loy et ordonnance
» par le moyen de laquelle ceux qui pour la crainte de
» Dieu, l'honneur, révérence et obéissance paternelle et
» maternelle, ne seraient détournés et retirés de mal faire,
» fussent par la sévérité de la peine temporelle revoqués.
» Toutefois pour ce que notre intention n'a été encore
» exécutée, nous avons connu par évidence de fait que ce
» mal invétéré pullule et accroît de jour à autre et pourra
» augmenter si promptement n'y est par nous pourveu.

(1) En 1548, Charles-Quint ne montre aucune animosité contre le principe canonique du mariage valable sans consentement des parents. « La puissance paternelle, dit-il, n'ayant pas d'effet sur l'union que contractent les époux, il ne faut point écouter ceux qui veulent l'annulation des mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs parents. (Pallavicini, t. III, n. 429.) Ces paroles furent prononcées à la diète d'Augsbourg.

» Pour ces causes, et autres bonnes et fortes considérations à ce que nous mouvans, par avis et délibérations de notre conseil auquel assistaient aucuns princes de notre sang, et autres grands et notables personnages, pour notre regard et en tant qu'en nous est exécutant le vouloir et commandement de Dieu, avons dit, statué et ordonné, disons, statuons et ordonnons par édit, loy, statut et ordonnance perpetuels et irrévocables :

» Que les enfans de famille ayant contracté et qui contracteront ci-après mariages clandestins contre le gré, vouloir et consentement, et au déçu de leurs pères et mères, puissent pour telle irrévérence et ingratitude, transgression de la loy et commandement de Dieu, et offense contre le droit de l'honnesteté publique, inséparable d'avec l'utilité, estre par leurs dits pères et mères, et chacun d'eux, exhérédés et exclus de leurs successions, sans espérance de pouvoir quereller l'exhérédation, qui ainsi aura esté faite.

» Puissent aussi les dits pères et mères, pour les causes que dessus, révoquer toutes et chacune les donations et avantages qu'ils auraient faits à leurs enfans. Voulons aussi et nous plaist, que les dits enfans qui ainsi seront illicitement conjoints par mariages, soient déclarés au dit cas d'exhérédation et les déclarons incapables de tous avantages, profits et émolumens qu'ils pourraient prétendre par le moyen de conventions apposées es contrats de mariage ou par le bénéfice des coutumes et lois de nostre royaume, du bénéfice desquelles les avons privez et déboutez, privons et déboutons par ces présentes comme ne pouvans implorer le bénéfices des lois et coutumes, eux qui ont commis contre la loy de Dieu et des hommes.

» Et d'abondant avons ordonné et ordonnons, que les

» dits enfants conjoints par la manière que dessus, et
» ceux qui auront traité tels mariages avec eux, et donné
» conseil et aide pour la consommation d'iceux soient
» sujets à telles peines qui seront avisées selon l'exigence
» des cas, par nos juges, auxquels la connaissance en
» appartiendra, dont nous chargeons leur honneur et conscience.

» Déclarons toutefois encore, que notre vouloir et intention soit que cette présente ordonnance et édit ait lieu, tant pour l'avenir que pour le passé, d'autant qu'il y a eu la transgression de la loy et commandement de Dieu, dont on ne se peut couvrir d'ignorance et de tolérance au contraire.

» Néanmoins pour ne perturber les mariages qui sont en repos et ne donner occasion à nos sujets d'entrer en grosses querelles et différens, n'entendons en ce commander les mariages qui auront été consummez auparavant la publication de ces présentes, par cohabitation charnelle ; ains seulement les mariages es quels on prétendait seul consentement, soit par parole de présent ou de futur, sans qu'il y eut cohabitation ou conjunction charnellé.

» Ne voulons aussi et n'entendons comprendre les mariages qui auront été et seront contractez par les fils excédant *l'âge de trente ans*, et les filles ayant *vingt-cinq ans passés et accomplis*, pourvu qu'ils se soient mis en devoir de requérir l'avis et conseil de leurs dits pères et mères. Ce que voulons aussi estre gardé pour le regard des mères qui se remarient, desquels suffira requérir leur conseil et avis, et ne seront les dits enfans, au dit cas, tenus d'attendre leur consentement.

» Si donnons en mandement à nos amez et féaux...

» Par le Roy estant en son Conseil... »

Le texte de cette ordonnance montre assez nettement qu'elle puise ses causes profondes dans l'hostilité que rencontrait dans la noblesse du royaume l'état du droit Canon sur la question du consentement. Elle établit également l'importance que dut avoir l'incident du mariage de Montmorency que nous relations plus haut. On peut remarquer en effet que la législation nouvelle est édictée avec rétroactivité dans les cas de non cohabitation des époux. C'était atteindre directement la situation de Montmorency et de Jeanne de Piennes.

Cette ordonnance a cette importance qu'elle montre exactement quelles sont les attributions de l'Eglise et de la royauté au point de vue du mariage, et quel genre d'entreprises le pouvoir civil se croit permises. La compétence réglée par l'Edit pour l'instruction et le jugement des questions qu'il traite est bien celle de l'Eglise. C'est aux cours de Parlements, aux Baillis, aux Sénéchaux, etc. qu'il appartiendra de tirer les conséquences civiles de l'inobservation des prescriptions écrites. Il n'est fait aucune distinction entre le contrat civil et le sacrement. Enfin comme nous le disions tout à l'heure il n'est nullement question d'ériger un empêchement dirimant, pas plus qu'il n'en sera question dans les législations postérieures, ainsi que nous le constaterons dans la suite de notre étude.

Ce que nous retiendrons dès maintenant, c'est la création officielle de cette majorité matrimoniale : 30 ans pour les hommes, 25 ans pour les femmes et cette théorie qui porte en germe l'établissement des actes respectueux : « pourvu qu'ils se soient mis en devoir de requérir l'avis et le conseil de leurs pères et mères » les majeurs pourront passer outre et se marier sans consentement.

De plus, le fait de se marier sans consentement devient une juste cause d'exhérédation, et le père et la mère ont le pouvoir de révoquer les libéralités faites à leurs enfants.

Dans l'ordonnance de 1560, émanée de Charles IX, nous lisons à l'article 111 : « Parce qu'aucuns abusans de la faveur de nos prédécesseurs par importunité, ou plus tôt subrepticement, ont obtenu quelquefois des lettres de cachet et closes ou patentes, en vertu desquelles ils ont fait sequestrer des filles, et icelles épousé ou fait épouser, contre le gré et vouloir des pères et mères, parents, tuteurs, ou curateurs, chose digne de punition exemplaire : enjoignons à tous juges procéder extraordinairement et comme en crime de rapt contre les impétrans et ceux qui s'ayderont de telles lettres, sans avoir aucun égard à icelles. »

Il n'y a encore là que des peines édictées contre les contrevenants, mais il n'est point question de nullité ou de procédure détournée conduisant à la nullité.

En 1563 se place la déclaration du Concile de Trente, dont nous avons parlé plus haut, qui supprime la véritable clandestinité du mariage mais laisse intact l'état de la question du consentement des parents. Bien que non reçues en France, les prescriptions du Concile y gardent toute l'autorité qu'ont pour les chrétiens des règles formellement enseignées par l'Eglise et qui ne peuvent être enfreintes sans schisme (1). Les fameuses déclarations de Dumoulin (2), si elles retardèrent l'admission du Concile

(1) Henri III répond au nonce du pape Grégoire XIII, qui le presse de faire publier le Concile, qu'il ne faut pas de publications pour ce qui est de la foi, que c'est chose gardée dans tout le royaume. (d'Argentré, *collectio judiciorum* t. I. p. 446.

(2) Conseil sur le fait du Concile de Trente (*Œuvres complètes*), 1681, t. V. p. 351 et s.

jusqu'en 1616, n'empêchèrent point son influence dans le domaine de la conscience.

Pas plus que l'ordonnance de 1556, la célèbre ordonnance de Blois publiée en 1579 ne violera les saints canons. Cependant il apparaît que le pouvoir royal est animé d'une hostilité plus âpre envers les mariages dépourvus de consentement familial et, s'il ne se croit pas le droit d'enfreindre la loi de l'Eglise, du moins s'arme-t-il contre elle de toutes ses foudres, et laisse-t-il percevoir dans l'ambiguïté de ses termes le moyen qui servira à la tourner.

Aux Etats-Généraux de 1576 le Tiers-Etat avait écrit dans ses cahiers : «... qu'il soit interdit de passer outre aux curés s'il ne leur apparaît du consentement des parents, sous peine d'être punis comme fauteurs de rapt. » L'ordonnance de Henri III est visiblement inspirée de cette requête.

Art. 40. — « Pour obvier aux abus et inconvénients qui
» adviennent des mariages clandestins, avons ordonné et
» ordonnons que nos sujets de quelque estat, qualité et
» condition qu'ils soient, ne pourront valablement con-
» tracter mariage, sans proclamations précédentes de
» bans faites par trois divers jours de festes, avec inter-
» valle compétent dont on ne pourra obtenir dispense,
» sinon après la première proclamation faite : et ce, seu-
» lement pour quelque urgente ou légitime cause, et à la
» requisition des principaux et plus proches parents com-
» muns des parties contractantes, après lesquels bans
» seront épousées publiquement : et pour pouvoir témoi-
» gner de la forme qui aura été observée es dits maria-
» ges, y assisteront quatre personnes dignes de foi, etc...
» *le tout sur les peines portées par les Conciles* : enjoignons
» aux curez, vicaires ou autres de s'enquérir soigneuse-

» ment de la qualité de ceux qui voudront se marier ; et
 » s'ils sont enfans de famille, ou estant en la puissance
 » d'autrui, nous leur défendons étroitement de passer
 » outre à la célébration des dits mariages s'il ne leur ap-
 » paraît du consentement des pères, mères, tuteurs ou
 » curateurs, sur peine d'être punis comme fauteurs du
 » crime de rapt. »

(41) « Nous voulons que les ordonnances ci-devant faites
 » contre les enfans contractans mariage sans le consentement
 » de leurs pères, mères, tuteurs et curateurs soient gardées :
 » même celle qui permet en ce cas les exhérédations. »

(42) « Et néanmoins voulons que ceux qui se trouveront
 » avoir suborné fils ou filles mineurs de 25 ans, sous
 » prétexte de mariage ou autre couleur, sans le gré, sçu,
 » vouloir ou consentement exprès des pères, mères et des
 » tuteurs, soient punis de mort sans espérance de grâce et
 » de pardon : nonobstant tous consentemens que les dits
 » mineurs pourraient alléguer par après, avoir donné
 » audit rapt lors d'icelui ou auparavant : et pareillement
 » seront punis extraordinairement tous ceux qui auront
 » participé au dit rapt, et qui auront presté conseil, con-
 » fort et aide en aucune manière que ce soit. » (Isambert.
Recueil général des anciennes lois Françaises, t. 14 p. 391.)

Quelle est donc la portée de cet acte dont les termes ne sont pas sans obscurité.

Tout d'abord il est bien certain qu'il n'édicte pas de nullité et qu'il n'en comporte point ; il n'est de nullité sans texte ; en conséquence l'état du droit n'a pas changé en ce sens et l'empêchement dirimant n'est point créé par le pouvoir civil.

La partie de l'ordonnance qui nous intéresse le plus est celle qui rappelle le vice de rapt canoniquement reconnu comme entraînant nullité de mariage. (Voir plus haut

page 32.) Une lecture attentive du texte nous montre qu'il n'est point dans l'esprit du législateur d'utiliser ce moyen de rapt pour arriver à la nullité de mariage. En effet le rapt pour vicier le mariage selon le droit canon est défini et enfermé dans des conditions déterminées. Il faut qu'il y ait violence (rapt de violence), ou manœuvres dolosives (rapt de séduction), en admettant comme empêchement le rapt de séduction ce qui est controversé (1). De plus, suivant toujours la théorie des canonistes, le vice cesse quand la violence ou la séduction ont cessé et quand la fille est hors de la puissance du ravisseur. Quand l'ordonnance déclare les enfants mariés sans consentement des parents, et les prêtres qui ont passé outre, auteurs du crime de rapt et punissables comme tels, elle n'entend point assimiler leur faute au rapt canonique qui invalide le mariage. Légiférer de la sorte serait aller à l'encontre des prescriptions de l'Eglise aussi nettement qu'en érigeant purement et simplement un empêchement ; ce n'est que plus tard et par une subtilité de jurisprudence qu'on interprètera, dans le sens de vice entraînant la nullité, le moyen du rapt ingénieusement détourné de son but. Et la preuve que la volonté du législateur n'est point d'arriver à la nullité de mariage, c'est qu'il dit à l'article 41 de l'ordonnance : « Nous voulons que les ordonnances ci-devant faites contre les enfants contractant mariage sans le consentement de leurs pères, mères, tuteurs, curateurs soient gardées, même celle qui permet les exhérédations ! » (2) Cet article est assez convaincant ; si l'auteur de la loi avait prévu la nullité fondée sur son moyen du rapt, il n'aurait

(1) Voir page 32, note 2.

(2) Dans le même sens Antoine d'Espeisse, au titre XIII du mariage, sect. II. p. 302.

pas maintenu l'exhérédation introduite par l'ordonnance de 1536 ; les législations précédentes sont confirmées, elles conservent toute leur portée dans une situation qui n'a pas varié.

En réalité, le seul élément nouveau introduit par l'ordonnance de 1579, c'est la sanction disproportionnée, effrayante, qu'elle apporte à son fameux crime de rapt, ce sont les peines dont elle frappe les époux coupables de s'être unis sans l'aveu de leurs auteurs, et les prêtres qui ont permis cette union. Les fauteurs du crime de rapt seront punis de mort, dit l'art. 42, sans espérance de grâce ni de pardon ; cette disposition hors de toute mesure a fait dire à M. Viollet : « Les dispositions de certaines ordonnances rendues à l'occasion du rapt sont indignes d'un peuple civilisé, elles feraient horreur à des sauvages. (Viollet, *Histoire du Droit*, page 407, 2^e édition).

L'énormité même des peines prononcées semble bien indiquer qu'on recourait aux moyens les plus comminatoires, faute d'avoir à sa disposition la sanction plus directe de la nullité de mariage. On essayait, par la menace du suprême châtiment, d'obtenir l'obligation du consentement tant de la part des époux que de la part du curé.

Enfin, l'argument qui confirme encore notre allégation c'est qu'on ne signale pas dans la jurisprudence d'alors, jusqu'à la fin du xvii^e siècle, de mariages annulés par le Parlement sur le principe de cette ordonnance.

La sévérité même de cette législation devait en empêcher l'application, il ne semble pas que l'ordonnance de 1579 ait produit grand effet. En 1580 un nouvel édit donné à Melun vint rappeler à l'ordre les juges et les prêtres, ordonnant l'application intégrale des dispositions concernant le crime de rapt :

(25) « Nous défendons à nos juges qu'ès causes de mariages pendantes par devant les dits ecclésiastiques, de faire défense de passer outre au jugement d'icelles, sous prétexte de rapt, sans grande et apparente raison, dont nous chargeons leur conscience et honneur..... Voulons l'article 40 du dit Edit des Estats tenus à Blois portant défenses aux curés et vicaires d'épouser aucuns enfans de famille, ou ceux qui sont en puissance d'autrui, s'il ne leur appert du consentement des pères, etc., estre inviolablement gardé sur les peines contenues en icelui édit. »



II^e Phase. — En 1615 les décrets du Concile de Trente sont officiellement acceptés en France suivant les desiderata constatés aux cahiers des Etats Généraux de 1614. Cet évènement a son importance pour nous puisque c'est l'affirmation de l'obstacle créé par la loi canonique et contre lequel se brisent depuis un siècle les tentatives du pouvoir royal.

C'est à cette date que nous faisons commencer notre 2^e phase. Ce qui caractérise cette étape nouvelle ce n'est point encore l'apparition de la nullité de mariage prononcée par le pouvoir civil ; nous ne verrons ce résultat obtenu qu'à la fin du xvii^e siècle, dans notre troisième période, grâce à l'interprétation donnée au crime de rapt prévu par les ordonnances, et grâce aux commentaires de la doctrine. Notre deuxième période ne contient aucune entreprise atteignant l'essence du lien conjugal ; les deux ordonnances qui la marquent, 1629 et 1639, ne brisent point avec les lois de l'Eglise ; celle de 1629 se réfère même aux Saints Canons : « Voulons suivant les saints décrets et constitutions canoniques, etc. » L'élément nouveau que

nous rencontrons c'est la « privation des effets civils » qui frappe les mariages conclus sans l'aveu des père et mère. Sans doute voilà une mesure qui atteint gravement le mariage, elle est l'indice de cette théorie qui va se développant de plus en plus et dont la fin sera la reconnaissance d'un contrat civil dans le mariage, servant de substance au sacrement. Néanmoins cette indépendance du contrat et du sacrement n'est pas dégagée encore en 1639 puisque la puissance séculière à cette époque se reconnaît seulement le droit de supprimer les effets civils du mariage et non pas de briser purement et simplement le contrat lui-même. Le moyen employé par la législation séculière est très fort, il supprime tous les effets du mariage, ne laissant subsister qu'une validité dépourvue d'intérêt au point de vue pratique, aussi avait-il des chances pour être efficace et pour empêcher les unions de s'accomplir en dehors du consentement des parents ; mais en réalité il pouvait avoir des conséquences déplorables étant donné l'immutabilité de la loi canonique. Des époux ayant contracté mariage sans le concours de leur famille, malgré les dispositions des ordonnances, se trouvaient indissolublement liés devant l'Eglise, et condamnés à une situation irrégulières et socialement déplorable par la loi civile.

Considérons les termes des deux ordonnances de Louis XIII qui nous intéressent.

Celle de 1629 d'abord, due à l'inspiration du chancelier Michel de Marillac, et pour cela appelée code Michaud. Cette ordonnance eut une durée d'application très limitée, la disgrâce de Marillac entraîna le discrédit de son œuvre. Elle avait été sévèrement critiquée dans un libelle anonyme paru sous le titre « *Optatus Gallus* » (Paris 1629) et avait entraîné des protestations de nombreux évêques.

L'assemblée du Clergé en 1629 demanda au roi le sens des mots « non valablement contractés » et le chancelier avait répondu au nom du roi que ces termes visaient uniquement les effets civils du mariage.

L'article 39 de l'ordonnance concerne les mariages dépourvus de publicité et les déclare « non valablement contractés », conformément à la teneur de l'Ordonnance de Blois.

N'est-ce point là en termes formels frapper de nullité les mariages clandestins proprement dits ? Il n'y a là qu'une hardiesse d'expression, et point d'atteinte à la législation canonique, puisque le Concile de Trente a lui-même exigé la présence du « *proprius patrochus* » des époux pour la validité du mariage (voir plus haut).

L'article 169 concerne très indirectement notre cas. A première vue ce texte peut faire illusion, parce que lui aussi parle d'une nullité et prévoit le crime de rapt, mais il ne s'agit point en l'espèce du mariage des mineurs. En effet le texte renvoie au Concile : il ne s'agit donc point d'appliquer autre chose que les règles édictées par ce Concile ; et le rapt des fils, filles et veuves dont il parle n'est autre que le rapt canonique accepté par l'Eglise comme moyen de nullité. Il n'est point question de cette minorité de 25 ans pour le mariage, consacrée depuis l'ordonnance de 1556, et le législateur n'a point l'intention d'assimiler à des « ravisseurs » ceux qui se marient sans consentement ou célèbrent des mariages en dehors des parents. Il n'y a là qu'une réédition singulière, avec une application plus sévère, de l'ancien empêchement et de l'ancien crime de rapt reçu dans la législation canonique.

Etant donné le sens de cet article et la déclaration faite au surplus par le chancelier qu'il ne visait que les effets

civils, étant donné la portée générale du Code Michaud qui en réalité ne fut jamais appliqué, nous n'insisterons pas plus longtemps sur l'examen de cet acte.

La déclaration de 1639 est beaucoup plus importante : c'est elle qui introduit ouvertement la privation des effets civils dont nous parlions tout à l'heure et qui caractérise la seconde phase de notre étude.

Nous citons en partie cette déclaration du 26 novembre 1639 ; elle est significative comme synthétisant l'état exact du droit au moment où interviennent les dispositions nouvelles. Ladite déclaration est mentionnée par Isambert (tome XVI, page 520).

La Déclaration fut publiée, à Saint-Germain-en-Laye, le 26 novembre 1639. Depuis l'insuccès du Code Michaud, les parlements et les juristes, notamment Bignon et Talon, réclamaient une ordonnance nouvelle. De même que l'édit de 1556, le présent acte prévoyait une situation particulière : De Saint-Mars, grand écuyer de France, était sur le point d'épouser clandestinement Marion de l'Orme, sa mère la Maréchale Deffiat porta plainte devant le Parlement contre son fils encore mineur, qu'elle refusait d'autoriser. Il s'ensuivit une prise de corps de Marion de l'Orme, tandis qu'un arrêt faisait défense de passer outre à la célébration.

« Louis, . . . etc. comme les mariages sont le séminaire
» des états, la source et l'origine de la société civile et le
» fondement des familles qui composent les républiques,
» qui servent de principe à former leur police, dans les-
» quelles la naturelle révérence des enfants envers leurs
» parents est le lien de la légitime obéissance des sujets
» envers leur souverain : Aussi les rois nos prédécesseurs
» ont jugé digne de leur soin, de faire des loix de leur
» ordre public, de leur décence extérieure, de leur honnê-
» tété et leur dignité.

» A cet effet, ils ont voulu que les mariages fussent
» publiquement célébrés en face d'Eglise, avec toutes les
» justes solemnités et les cérémonies qui ont été prescrites
» comme essentielles par les Saints-Conciles, et par eux
» déclarés être non seulement de la nécessité du précepte,
» mais encore de la nécessité du sacrement. Mais outre les
» peines indictes par les Conciles, aucuns de nos dits pré-
» décesseurs ont permis aux pères et aux mères d'exhéré-
» der leurs enfants qui contractaient des mariages clan-
» destins sans leur consentement, et de révoquer toutes
» et chacune les donations et avantages qu'ils leur avaient
» faits.

» Mais quoique ceste ordonnance fut fondée sur le pre-
» mier commandement de la 2^e table, contenant l'honneur
» et la révérence qui est due aux parents, elle n'a pas été
» assez forte pour arrêter le cours du mal et du désordre,
» qui a troublé le repos de tant de familles, flétri leur hon-
» neur par des alliances inégales, et souvent honteuses
» et infâmes, ce qui depuis a donné sujet à d'autres ordon-
» nances qui désirent la proclamation de bans, la présence
» du propre curé et de témoins assistant à la bénédiction
» nuptiale, avec des peines contre les curés, vicaires et
» autres, qui passeraient outre à la célébration des maria-
» ges des enfants de famille s'il ne leur apparaissait des
» consentements des père et mère, tuteurs et curateurs
» sur peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt,
» comme les complices et les auteurs de tels illégitimes
» mariages.

« Toutefois, quelque ordre qu'on n'ait pu apporter jus-
» qu'à maintenant pour rétablir l'honnêteté publique et
» des actes si importants; la licence du siècle, la dépra-
» vation des mœurs, ont toujours prévalu sur nos ordon-
» nances si saintes et si salutaires, dont même la vigueur

» et l'observation a été souvent relâchée par la considé-
» ration des père et mère qui remettent leur offense par-
» ticulière, bien qu'ils ne puissent remettre celle qui est
» faite aux lois publiques. C'est pourquoi ne pouvant plus
» souffrir que nos ordonnances soient ainsi violées, ni
» que la sainteté d'un si grand sacrement, qui est le signe
» mystique de la conjonction de Jésus-Christ avec son
» Eglise, soit indignement profané; et voyant d'autre part,
» à notre grand regret, et au préjudice de notre Etat, que
» la plupart des honnêtes familles de notre royaume
» demeurent en trouble par la subornation et enlèvement
» de leurs enfants, qui trouvent eux même la ruine de
» leur fortune dans ces illégitimes conjonctions, nous
» avons résolu d'opposer à la fréquence de ces maux la
» sévérité des loix, et de retenir par la terreur de nouvelles
» peines ceux que la crainte ni la révérence des loix divi-
» nes et humaines ne peuvent arrêter; n'ayant en cela
» d'autres desseins que de sanctifier le mariage, régler les
» mœurs de nos sujets et empêcher que les crimes de rapt
» ne servent plus à l'avenir de moyen et de degré pour
» parvenir à des mariages avantageux. »

Après cet exposé des motifs qui synthétise d'une manière claire l'état et la portée des législations précédentes, prouvant suffisamment par lui-même que la nullité des mariages dépourvus de consentement n'est pas obtenue, l'ordonnance ajoute aux dispositions déjà en vigueur les mesures plus rigoureuses entraînant la perte des effets civils. Le droit de légitime est perdu dorénavant comme les autres droits, et toutes les peines sont encourues par les enfants *ipso facto*; il n'y a plus besoin comme auparavant d'une demande expresse et d'une sentence du juge.

Art. 2. — « Le contenu en l'Edit de l'an 1556 et aux articles XLI, XLII, XLIII et XLIV de l'Ordonnance de Blois,

» sera observé et y ajoutant. Nous ordonnons que la peine
» du rapt demeure encourue, nonobstant les consentements
» qui pourraient intervenir par après de la part des pères,
» mères, tuteurs et curateurs, dérogeant expressément aux
» coutumes qui permettent aux enfants de se marier après
» l'âge de vingt ans sans le consentement des pères. Et
» avons déclaré et déclarons les veuves, fils et filles, moins
» dres de 25 ans qui auront contracté mariage contre la
» teneur desdites ordonnances, privés et déchus par leur
» seul fait, ensemble les enfants qui en naîtront et leurs
» hoirs, indignes et incapables à jamais des successions de
» leurs pères, mères et aïeuls, et de toutes autres directes
» et collatérales ; comme aussi des droits et avantages
» qui pourraient leur être acquis par contrats de
» mariage et testaments ou par les coutumes ou Lois de
» notre royaume, même du droit de légitime ; et les dispositions
» qui seront faites au préjudice de cette autre
» ordonnance, soit en faveur des personnes mariées, ou
» par elles au profit des enfants nés de ces mariages nulles
» et de nul effet et valeur... etc. Enjoignons aux fils qui
» excèdent l'âge de 30 ans et aux filles qui excèdent celui
» de 25 de requérir par écrit l'avis et conseil de leurs
» pères et mères pour se marier, sous peine d'être exhérédés
» par eux suivant l'Edit de 1556. »

Art. 3. — « Déclarons conformément aux Saints Décrets
» et Constitutions Canoniques, les mariages faits
» avec ceux qui ont ravi et enlevé des veuves, fils et
» filles de quelque âge et condition qu'ils soient, non valablement
» contractés sans que par le temps, ni par le
» consentement des personnes ravies, et de leurs pères,
» mères, tuteurs et curateurs, ils puissent être confirmés
» tandis que la personne ravie est en la possession du
» ravisseur. »

En définitive, voici les mineurs déliés de leurs conventions matrimoniales quand ils seront mariés sans consentement de leurs parents, le mariage est attaqué mais dans ses effets seulement. Il n'y a rien de précisé au-delà, il n'y a aucune déclaration formelle de nullité.

Le crime de rapt dont il est parlé dans les deux articles ne prend pas un sens plus large que celui qui lui fut donné dans les Edits précédents.

L'art. 2 rappelle ce crime de rapt pour confirmer les peines qui le frappent et qui ont été prévues par les ordonnances antérieures, les articles de l'ordonnance de 1579 sont même expressément rappelés. Nous en sommes donc toujours à ce système législatif qui considère ceux qui épousent sans consentement ou qui favorisent de tels mariages, comme des ravisseurs, leur crime est puni par la loi civile, mais il n'est point assimilé au rapt canonique dont la sanction est la nullité du mariage ; si le législateur avait eu l'intention d'obtenir cette extension, la privation d'effets civils qu'il édicte serait superflue, elle aurait été obtenue par le fait même de la nullité.

Dans l'article 3, le mot rapt est encore prononcé et cette fois à n'en pas douter la sanction qu'il porte est la nullité du mariage. Les mots « non valablement contractés » sont significatifs, mais il s'agit alors du véritable rapt défini et déterminé par les décrets et canons auxquels le législateur se réfère expressément. Le rapt qui vicie l'essence du mariage ce n'est pas le défaut de consentement des parents au mariage des mineurs qui le constitue, c'est la violence ou la séduction employée contre des personnes, mineures ou non, fils, filles, femmes ou veuves « de quelque âge et condition qu'ils soient » dit formellement le texte ; il n'y a donc pas de doute à avoir sur l'interprétation.

III^e Phase. — Notre troisième phase se termine à la Révolution ; elle part du XVIII^e siècle. Nous allons étudier dans la doctrine et la jurisprudence la théorie subtile qui conduit à la nullité de mariage en se fondant sur le moyen du rapt.

Au point de vue législatif cette dernière période de notre étude est dépourvue d'intérêt ; la Déclaration du 6 août 1686, l'édit de 1697, la Déclaration du 22 novembre 1730 n'accusent pas un progrès sensible sur les lois que nous venons d'analyser. Le pouvoir royal n'est jamais allé plus loin, il n'a jamais nettement brisé avec la règle canonique. Nous voyons aux termes de l'édit de 1697 une persévérance dans les peines anciennement prévues. De grandes précautions sont ordonnées pour que les curés ne soient pas dupes de faux témoins et de faux consentements, mais il n'est point question de prendre une attitude nouvelle. L'article 6 ajoute une peine d'exhérédation dont les parents pourront frapper leurs filles veuves, même majeures de vingt-cinq ans, « mariées sans avoir requis leur avis et conseil. »

Nous n'avons donc pas à nous arrêter plus longuement sur ces actes, et nous allons nous demander quels courants d'opinions se manifestent dans les ouvrages de l'époque sur cette question que le pouvoir législatif ne solutionne pas. Nous sommes en présence de deux systèmes radicaux et complètement opposés : l'un soutient la suprématie absolue de l'Eglise, l'autre, celui des civilistes, lutte pour la domination exclusive de l'Etat. L'opuscule anonyme « *Optatus Gallus* » (1), que nous avons mentionné

(1) Cet écrit fut condamné au feu par un arrêt du Parlement du 23 mars 1640.

plus haut et qu'on attribue à un chanoine de Metz, Ch. Her-sent, soutenait violemment que les décisions de l'Eglise avaient seules autorité législative en matière de mariage.

D'autre part le théologien Launoy soutient que « l'Eglise n'a aucun pouvoir sur le mariage ; que si elle établit quelques empêchements, c'est qu'elle a usurpé un droit qui appartient exclusivement aux princes, ou du moins qu'elle l'a exercé par pure tolérance de la puissance séculière. » (1) Le Parlement accepta très facilement ces idées ; nous en pouvons juger par l'arrêt solennel qu'il rendit en 1677 contre un certain Jacques L'Huillier ; ledit L'Huillier avait paru mettre en doute, dans sa thèse de doctorat en théologie, le droit pour l'Etat de créer des empêchements dirimants, le Parlement infligea un blâme sévère à l'auteur et en profita pour dénier à l'Eglise, dans son arrêt, tout pouvoir sur le mariage.

Gerbais dans son traité « du pouvoir de l'Eglise et des princes sur les empêchements de mariage » (1690 et 2^e édition 1696) soutient une opinion moyenne. Gerbais était un collègue et un ami de Launoy, mais il est beaucoup plus modéré que lui. Il abandonne à l'Eglise la connaissance du mariage quant à la validité du lien sacramentel, mais il déclare que le mariage doit être considéré et traité à la fois comme contrat civil et comme sacrement, relevant aussi bien des autorités séculières que des autorités ecclésiastiques qui y ont chacune leur part. Il est visible que c'est à cette doctrine surtout que se sont attachés les ministres de l'époque, cela apparaît dans les déclarations du chancelier Pontchartrain et de d'Aguesseau, pour qui le mariage est à la fois un contrat civil et un sacrement.

(1) « *Regia in matrimonium potestas* ». Cet ouvrage aurait été inspiré par Hennequin, professeur en Sorbonne (1674).

Ces idées, nous l'avons déjà remarqué, sont celles dont s'inspira le pouvoir législatif, avant même l'œuvre de Gerbais, dans les ordonnances du xvii^e siècle, notamment dans celle de 1639, qui supprime les effets civils du mariage en laissant sauve la validité du lien conjugal.

Cette doctrine sera encore celle que Pothier adopte et enseigne; il reprend et résume la théorie générale de Gerbais.

A l'époque où nous sommes, fin du xvii^e siècle, c'est donc cette position modérée de la doctrine, position conforme aux actes législatifs les plus récents, qui est à l'ordre du jour. C'est cette tendance à accepter les moyens termes, à ménager les deux opinions extrêmes et à parvenir aux solutions désirées en restant habilement respectueux des ordonnances et des canons qui va inspirer la jurisprudence.

Les auteurs ont fait néanmoins un pas de plus dans la voie des revendications. Ils ont très habilement échafaudé cette théorie : la substance du sacrement de mariage c'est le contrat civil qu'il contient. Si cette substance n'existe pas il n'y a point de sacrement. Or, nous, pouvoir civil, nous avons le droit de déterminer les conditions de ce contrat. . . . Voilà en quelques mots la doctrine de Pothier sur les rapports du pouvoir religieux et civil en matière de mariage.

Il y a là un véritable tour de prestidigitation, une manière remarquable de faire à l'Etat la part du lion en s'inclinant dévotement devant l'Eglise.

Pothier dit en propres termes :

« Le mariage est un sacrement et un contrat; le sacrement est du domaine exclusif de l'Eglise, le contrat appartient uniquement au pouvoir civil. Le sacrement ne peut exister sans le contrat qui est sa matière, si le contrat

est nul le sacrement ne repose sur aucune substance, il n'existe pas. » (1) C'est bien affirmer avec adresse la compétence exclusive de l'Etat sur le contrat nuptial et qui, plus est, subordonner la validité du sacrement lui-même à la légitimité de ce contrat.

Cette théorie a été vivement critiquée et controversée ; il ne nous appartient pas de la juger ici ; citons simplement cet extrait de l'ouvrage de l'abbé Paoli (*Origines et nature du mariage civil*, Paris 1890, page 24) : « Méconnaissant le droit de l'Eglise, le pouvoir royal s'est lancé dans une voie d'empiètements qui portent en eux-mêmes la marque de la contradiction et de l'erreur. En effet professer, comme l'Ecole gallicane et le pouvoir Royal l'ont fait, que le mariage entre chrétiens est un sacrement, et vouloir en même temps le régler à demi en le soumettant à des règlements moitié civils moitié ecclésiastiques, c'est là le fait d'un pouvoir qui se contredit en se privant de sa force pour empiéter sur les droits de la puissance ecclésiastique au profit de ses visées politiques. »

C'est en se fondant sur ces principes nouveaux que la jurisprudence atteignit la nullité de mariage pour défaut de consentement des parents.

Nous avons déjà noté au cours de cet examen historique que qu'était le rapt empêchement dirimant canonique, et dans quelles conditions il était un vice du consentement. Nous avons dit que ce rapt était l'emploi de manœuvres violentes annihilant la volonté de la personne ravie. Nous avons reconnu que logiquement le rapt de séduction qui vicie le consentement peut être assimilé au rapt de violence et considéré comme empêchement dirimant bien

(1) Pothier, *Traité du Contrat de Mariage*, chapitre III.

que sa création ne soit pas très ancienne. Mais nous avons constaté dans la législation des ordonnances royales que le rapt prévu par elles n'est ni le rapt de violence ni celui de séduction, que dans l'esprit du législateur il n'est point destiné à provoquer la nullité du mariage mais simplement à comporter des pénalités, mode comminatoire d'éviter les mariages sans consentement des parents.

Ceci posé voici quelle solution Pothier donne à notre question du consentement des parents :

Tout d'abord il critique le décret *tametsi dubitandum* etc., ne voulant y voir qu'une condamnation de « quelques protestants qui prétendaient par le droit naturel... avoir par eux-mêmes le pouvoir de valider ou d'annuler les mariages de leurs enfants contractés sans leur consentement. » (1) Il critique de même le canon « *aliter* » et déclare que l'Eglise n'a jamais affirmé nettement la validité du mariage sans le consentement des parents. Examinant ensuite les textes de lois séculières depuis les Capitulaires jusqu'aux dernières ordonnances, il conclut :

« Quoique ces lois, que nous venons de rapporter, en condamnant les mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement de leur père et mère, paraissent se borner à infliger des peines aux enfants qui les

(1) A propos de cette interprétation restreinte du décret nous renvoyons à la thèse de M. Vantroys déjà citée (ch. II., p. 217) « qu'on relise le discours du cardinal de Lorraine, qu'on se rappelle le sens des instances qu'il était chargé d'apporter au Concile, qu'on rapproche de la discussion qui s'engagea sur cette grave question le texte authentique qui devenait, pour tous les catholiques, la loi du mariage et l'on devra si l'on veut échapper au reproche de tomber dans des arguties d'une habileté douteuse, confesser que le texte est aussi général que possible ; qu'il a toute la limpidité désirable, etc. »

contractent et à ceux qui y ont part, et qu'aucune *n'ait déclaré en termes formels et précis que les mariages contractés par les mineurs sans consentement de leurs père et mère sont nuls* (1), néanmoins, si on considère attentivement l'esprit de ces lois, on découvrira facilement qu'elles réputent nuls et non valablement contractés, tous les mariages des mineurs contractés sans le consentement de leurs père et mère.» (Pothier, *Traité du Contrat de mariage*, IV^e part., ch. I^{er}, sect. II, p. 141 et s.)

Pothier en fait donc l'aveu lui-même, la nullité n'est pas formellement édictée par la loi, elle est simplement dans son esprit ; c'est par l'interprétation qu'on l'en dégagera.

Le jurisconsulte ayant alors relevé tout ce qui traite du crime de rapt dans les ordonnances déclare : « le » mariage d'un mineur pour cela seul qu'il est contracté » sans le consentement de ses père et mère, est réputé » entaché du vice de rapt. C'est une conséquence nécessaire » saire qu'il est pour cela seul *réputé nul et non valablement* » *contracté*, la séduction étant contraire à la liberté du » consentement, qui est l'essence du mariage, et étant un » empêchement du mariage.

» Pour que le mariage d'un mineur, contracté sans le » consentement de ses père et mère, soit réputé entaché » du vice de séduction et en conséquence nul, il suffit » qu'il y ait eu une séduction qui est toujours présumée ; » mais il n'est pas nécessaire que ce soit la personne que » le mineur a épousée, qui en soit coupable. Il n'importe » de quelle part la séduction soit venue ; quand même, ce

(1) Voici bien la confirmation faite par Pothier lui-même que l'interprétation que nous avons donnée de la législation des ordonnances est exacte.

» qui arrive souvent, elle aurait été réciproque, le mariage
» n'en serait pas moins censé entaché du vice de séduc-
» tion et en conséquence nul : car une séduction pour être
» réciproque, n'en est pas moins contraire à la liberté du
» consentement qui est de l'essence du mariage. » (Par-
tie IV, chap. I, n° 326.)

D'autre part il dira : « La séduction se présume de droit,
» lorsqu'un mineur s'est marié sans le consentement de
» ses père et mère, tuteur ou curateur ; et en conséquence
» sur l'appel comme d'abus, que les père, mère, tuteur ou
» curateur interjettent de ces mariages les parlements les
» déclarent nuls » (Pothier, m. ouvrage, III^e partie, ch. III,
§ II 229, page 101) (1).

Voilà donc ouverte à la Jurisprudence la voie de la nul-
lité. Tout mariage de mineurs non autorisés est présumé
vicié de séduction et de ce fait non valable.

En réalité cette ingénieuse interprétation de la doctrine
repose sur une double fiction. D'abord l'assimilation de
la séduction à la violence, qui, nous l'avons vu (page 32
note 2), est une extension faite par les commentateurs, en
second lieu cette présomption, arbitraire au plus haut
point, qu'il y a séduction toutes les fois qu'il y a défaut de
consentement des parents.

Cette théorie du rapt de séduction que nous venons de
suivre dans Pothier fut également exposée et adoptée par
les rédacteurs des Conférences de Paris, par Gerbais, Bi-
gnon et d'Aguesseau, et en général par tous les civilistes
et gallicans de la fin du xvii^e et du xviii^e siècles.

Nous citons une partie du trentième plaidoyer de
d'Aguesseau qui est très significative :

(1) On ne saurait plus naïvement faire l'aveu de l'expédient em-
ployé, il est bien clair qu'il s'agit là d'un biais juridique.

« les familles seraient plus heureuses, les fortunes
» plus assurées, les mariages plus exempts des sacrilèges
» qui les déshonorent, si les Canonistes des derniers siècles eussent été aussi sévères dans leurs maximes, aussi jaloux de la sainteté des mariages, que les Jurisconsultes Romains.

» On prouverait la vérité de ces principes par le suffrage de toute l'Eglise Grecque qui, suivant les traces de Saint-Basile, a canonisé les Lois des Empereurs et consacré pour ainsi dire leurs sages dispositions.

» On y joindrait l'autorité de l'Eglise de France . . . (etc.), quelques saintes que fussent ces constitutions . . . on est obligé de reconnaître qu'elles étaient peu à peu tombées en désuétude et que dans des temps d'ignorance, de désordre et de confusion, la subtilité de quelques Canonistes avait prévalu contre la rigueur et la sévérité de l'ancienne discipline. Les mêmes raisons qui portèrent les Juges d'Eglise à tolérer les mariages clandestins leur firent considérer la loi qui exigeait le consentement des pères comme une loi de bienséance qu'on ne pouvait violer sans crime, mais dont l'infraction ne donnait point d'atteinte à la validité du mariage.

» C'est pour s'opposer à cet abus, et pour réprimer la licence de ces mariages qui troublaient le repos des familles, que les ordonnances de nos Rois ont établi des précautions également saintes et inviolables à l'observation desquelles la dignité des mariages, la paix et tranquillité publiques sont inséparablement attachées. »

L'orateur se rapporte alors à l'Ordonnance de Blois et plaide que la nullité des mariages dépourvus du consentement des parents y est implicitement édictée :

« Par cela seul que le fils se marie contre la volonté de son père, la loi présume qu'il est suborné, qu'il est ravi

» et enlevé ou à lui même s'il n'y a pas consenti effective-
» ment, ou à son père et à sa famille, si la passion lui a
» arraché un consentement illégitime.

« C'est une présomption légale écrite dans l'Ordonnance ;
» et tant qu'elle n'est point détruite par des présomptions
» contraires, il est impossible de confirmer un mariage
» que la loi ne regarde que comme une véritable séduc-
» tion. » (1)

L'accueil que rencontrèrent ces doctrines dans le monde aristocratique, où le mariage contracté sans l'aveu des parents avait toujours semblé une hérésie sociale, le courant des idées gallicanes qui donnait la préférence aux institutions civiles Françaises sur les obscurs décret du Droit Canon, enfin tout un ensemble de conditions morales et sociales, formaient une terrain favorable pour que ces principes portassent leurs fruits et que la nullité du mariage célébré sans consentement des auteurs fut prononcée par les juges (2).

La jurisprudence suivit sans difficulté la voie qui lui était ouverte, et la théorie des civilistes parvint au XVIII^e siècle à son complet épanouissement.

Le premier arrêt que nous relevons et qui intéresse notre thèse est du 10 janvier 1689, il fut rendu par la

(1) D'Aguesseau, 30^e plaidoyer. Œuvres, 1787, tome III, p. 78 et suivantes.

(2) Nous relevons au *Répertoire de jurisprudence* de Merlin, Puissance Paternelle, sect. III. § 1, un document qui marque combien l'autorité du père de famille se trouvait puissante et en honneur à la fin du XVII^e siècle. « Banes fait mention d'une sentence rendue par un père lui-même contre son fils... Il le déclara indigne de succession et le condamna aux galères pour vingt ans, M. le Procureur général du Parlement de Grenoble, appela à minima de cette sentence et par arrêt du 19 septembre 1663, le fils fut condamné aux galères perpétuelles. »

Chambre souveraine de la Réformation de la Justice séant à Poitiers. Gerbais cite cet arrêt et le commente, il s'agit du mariage religieux d'un nommé Joseph Pichon et de Jeanne Pollart ; ce mariage fut déclaré non valablement contracté à cause du défaut de consentement des parents. Le substitut Bignon, petit-fils de l'auteur de l'ordonnance de 1639, se fonde dans ses conclusions sur le moyen de rapt ; il s'agit naturellement du rapt de séduction qui est empêchement dirimant au même titre que le rapt de violence, dit-il en substance, puisque la loi de Justinien qui le reconnaissait a été « *Canonisée* ».

Et Gerbais de s'extasier sur la subtilité du magistrat et d'admirer cette heureuse manière d'être respectueux à la fois « des ordonnances de nos rois et des dispositions des Conciles ». (1)

Nous trouvons un autre arrêt fondé sur les mêmes principes au *Journal des Audiences*, t. V, liv. 10, ch. II (procès Jambert Pelet), un autre rapporté aux *Conférences de Paris*, t. 2, p. 421 (affaire le Hardy), etc.

Ici nous rencontrons une objection qui n'est pas difficile à détruire : comment la justice ecclésiastique toujours compétente en principe en matière matrimoniale, consent-elle à prononcer la nullité de mariage à défaut de consentement des père et mère ?

En réalité les officialités avaient depuis le xvi^e siècle perdu peu à peu le monopole de la juridiction matrimoniale ; elles se virent notamment enlever à la fin du xvii^e siècle toute compétence en matière de demandes fondées sur le défaut de consentement des parents. En pratique le mariage ayant été célébré devant le prêtre on intentait

(1) Gerbais : *Traité du Pouvoir de l'Eglise et des Princes sur les empêchements du mariage*, Paris 1676, p. 494.

contre celui-ci devant le Parlement un appel comme d'abus de la célébration, on arrivait ainsi au but sans rencontrer l'opposition de l'official. Au XVIII^e siècle la seule voie ouverte au père dont l'autorité était méconnue était l'appel comme d'abus devant la grande Chambre du Parlement.

Il ne nous reste plus avant de terminer cette étude de notre question dans l'ancien droit qu'à synthétiser en quelques brèves formules l'état de la question à la veille de la Révolution Française. Nous allons distinguer suivant qu'il s'agit des mineurs ou des majeurs de vingt-cinq ans.



I — Mineurs de vingt-cinq ans. — Dans toute l'étendue du royaume les mineurs de vingt-cinq ans sont tenus pour se marier d'obtenir le consentement de certaines personnes :

Du vivant de leurs père et mère le consentement des deux est exigé. « Dans le Droit Français le consentement » du père est nécessaire non parce qu'il a la puissance » paternelle mais parce qu'il est père ; et le consentement » de la mère n'est pas moins nécessaire que celui du père, » parce que le nom de mère n'est pas moins respectable » que celui de père pour ceux à qui elle a donné la vie. » D'Aguesseau, réquisitoire prononcé le 17 janvier 1722, *Journ. des Audiences*, t. VII, l. 5, ch. 2.

La mère veuve doit consentir sauf le cas où elle se remarie, alors l'enfant est seulement tenu de prendre son conseil. (Edit de 1556.)

La seule différence que les arrêts semblent indiquer entre le consentement du père et de la mère c'est que celle-ci est tenue avant de le donner de prendre conseil de

ses proches « à cause de la faiblesse de son sexe et de la légèreté de son esprit. » (1)

Le consentement des tuteurs ou curateurs est requis pour le mariage des mineurs en tutelle (ordonn. de Blois 1579), mais il ne suffit pas, il doit être appuyé par celui des plus proches parents (Edit des Tutelles, novembre 1732).

La nécessité de la publication des bans donnait toute leur portée à ces obligations. Le prêtre ne pouvait faire les trois publications prescrites (2) par le Concile de Trente et les ordonnances royales, que si les futurs époux justifiaient des consentements prescrits. L'infraction à cette règle donnait lieu à l'appel comme d'abus. Cette publication de bans permettait aussi les oppositions au mariage ; trois catégories de personnes pouvaient user de ce droit : 1^o la personne qui se prétendait unie à l'un des futurs conjoints, 2^o ceux qui avaient autorité sur eux, 3^o tous leurs parents sans exception. L'opposition était faite pour n'importe quelle cause par acte judiciaire et ministère d'huissier, elle n'était levée qu'après conseil des parents tenu devant le juge royal.

Sanctions : Le défaut de consentement entraînait la *nullité de mariage*, les *peines du rapt* et l'*exhérédation*.

A — Nous n'insisterons pas sur la première sanction, nous avons vu quelle interprétation la doctrine donna au

(1) V. les arrêts que cite Basnage sur l'art. 369 de la Cout. de Normandie.

(2) Les deux dernières publications pouvaient faire l'objet d'une dispense accordée par l'Evêque ou le Grand Vicaire « pour quelque grande et légitime cause et sur la réquisition des principaux et plus proches parents des parties contractantes. » Ordonn. de Blois, art. 40.

rapt et comment la jurisprudence présuma le rapt dans les mariages de mineurs célébrés outre le consentement des parents. Spécifions simplement les conditions de détail exigées par les juges pour prononcer la nullité. D'abord pour qu'il y ait séduction l'une des parties devait être mineure et l'autre majeure ; entre parties majeures il ne pouvait y avoir séduction à moins que la subornation n'ait commencé en minorité (Arrêts du 13 mars 1723 et du 10 juillet 1733, Journal de Poullain Duparc, t. 1, ch. 88). D'autre part il semble qu'on ait aussi présumé la séduction entre deux mineurs dans des circonstances exceptionnelles (1).

Ces exceptions ne détruisent point le principe et nous pouvons constater sur ce point que la jurisprudence n'avait pas suivi absolument au pied de la lettre les théories civilistes, la séduction dans les mariages de mineurs autorisés n'était pas une présomption *juris de jure*. Quelques auteurs critiquèrent ces restrictions. (Voir : *Mémoire sur l'art. 497 de la Coutume de Bretagne*, et d'Aguesseau, *Préambule de la déclaration de 1730*.)

Il va sans dire que cette majorité du ravisseur et minorité de la personne ravie n'étaient point nécessaires pour l'annulation d'un mariage quand il s'agissait de rapt de violence.

L'action en nullité appartenait à la personne dont le consentement est nécessaire et à elle seule. Elle se couvrait par le délai d'un an expiré après le mariage, ou plus exactement après le jour où les parents avaient connu le mariage, elle se couvrait également par la ratification expresse ou tacite (2).

(1) Arrêt du 12 avril 1704. *Journal des Audiences*, t. V, liv. IV, c. 7.

(2) Ameline. — Des nullités de mariage.

B — La jurisprudence se refusa à appliquer la peine capitale, sanction du rapt prévue par l'Ordonnance de Blois, néanmoins des peines pécuniaires furent prononcées et même la peine des galères à temps et à perpétuité.

C — La troisième sanction du défaut de consentement consistait en déchéances encourues par le mineur coupable. L'exhérédation (Edit de 1536, Ord. de 1629, art. 169) était volontaire, d'après la jurisprudence on la considérait comme révoquée par une réconciliation tacite entre le père et l'enfant.

En général l'exhérédation ne se cumulait pas avec l'annulation du mariage ; car par l'effet de cette annulation le fils ne pouvait donner à son père des héritiers malgré lui (1).

Nous voilà bien loin de la théorie canonique du mariage simple et uniforme ; le progrès, si progrès il y a, enferme de plus en plus l'union conjugale dans le réseau de la procédure.

Il en est de cette réforme du mariage organisée par les civilistes comme des autres, elle entraîne avec elle des difficultés de détail, elle apporte des obstacles à la facilité du mariage, elle en diminue la solidité puisqu'elle met en suspens la validité de l'union accomplie en dehors du consentement des parents ce que l'Eglise n'a jamais voulu permettre (2).

(1) En ce sens un arrêt du 3 mars 1637, rapporté par Bardet, tome II, liv. 6, ch. 6, qui jugea que l'exhérédation n'est pas valable si le mariage est déclaré nul.

(2) La théorie canonique pure n'est pas tombée dans l'oubli au XVIII^e siècle, malgré les usages nouveaux, les doctrines et la jurisprudence.

Une lettre pastorale de M^{er} de Juigné, archevêque de Paris en

Nous devons néanmoins mentionner ici une intéressante précaution prise contre l'abus de la puissance paternelle en matière de mariage, et la tyrannie de refus injustifiés opposés par les parents à la célébration des mariages de leurs enfants mineurs.

De même qu'en droit romain un recours judiciaire était donné à l'enfant pour vaincre la résistance inconsidérée du père en matière de juste noce ou de constitution de dot, de même nos anciennes coutumes (1) lui permettaient de se pourvoir contre les décisions arbitraires de l'autorité paternelle.

Si les enfants ne se mésallient pas, dit Boucheul (2), et qu'au contraire ils épousent des personnes dignes de leur alliance et chez qui il ne se rencontre aucune tache de mœurs ou de condition, la raison des ordonnances ne s'y rencontrant pas, l'on autorise ces sortes de mariages, parce que l'on considère en ce cas le refus des pères et mères, comme un simple caprice. Une déclaration du 8 mars 1704 (3), confirme cette disposition du droit, d'Aguesseau la

1786, rappela les principes de la tradition chrétienne sur la validité du mariage sans le consentement des parents. Le Parlement condamna la thèse en ces termes; « Tout le chapitre de *matrimoniis filiorum familias*, » semble n'avoir pour but que de contredire les lois du royaume : l'ordonnance de Blois, la déclaration de 1639, celle de 1697 et la jurisprudence constante des arrêts.... Toute cette dissertation tend à diminuer la révérence et l'obéissance que les fils de famille doivent à ceux de qui ils tiennent le jour. » — *Le Mariage religieux et le Droit français ancien et moderne*. H. Monin, *Le Siècle*, 21 septembre 1906.

(1) Poullain, Duparc, *Journal des Audiences*, t. II, ch. 57.

(2) Sur la Coutume du Poitou, art. 260, nomb. 14.

(3) Rapporté dans un recueil d'édits publiés en 1712 par la librairie Saugrain.

soutient dans ses réquisitoires (*Journal des Audiences*, t. VIII, liv. V, ch. 2.)

Le plus souvent le magistrat ou la cour ordonnait la comparution préalable du père et l'invitait à consentir au mariage ou à déduire ses moyens de refus. Si le père maintenait son refus sans l'appuyer de motifs raisonnables, le magistrat pouvait autoriser le mariage, de sa propre autorité sans même demander l'avis de la famille. C'est ainsi que le Parlement de Tournay, dans un arrêt du 9 décembre 1695, confirma le mariage d'une fille qui l'avait contracté malgré l'opposition de son père, avec la simple autorisation du magistrat (1). Mais il était rare que le pouvoir judiciaire s'accommodât d'une pareille simplicité de forme. Il prescrivait ordinairement avant faire droit des sommations respectueuses (2), souvent aussi il ordonnait la réunion d'un conseil de famille et ne statuait qu'après sa délibération (3).

Il va sans dire que cette dernière mesure ne liait pas le juge qui restait maître de sa décision quelque soit l'opinion du conseil de famille.

Il ne faut pas se dissimuler l'importance de ce recours judiciaire dans notre ancienne législation ; ouvert aux enfants dans une large mesure, il atténuait singulièrement la rigueur des lois, les parents n'étaient pas comme aujourd'hui les seuls maîtres du bonheur de leurs enfants, les seuls arbitres de leur destinée.

II — Majeurs de vingt-cinq ans. — Dans les cas où ils sont obligés de requérir l'avis ou consentement de leurs

(1) Pinault, t. arrêt 83.

(2) Arrêt du 21 mars 1712, *Journal des Audiences*, t. VI, liv. 2, ch. 16.

(3) Arrêt du 5 septembre 1684. *Journal des Audiences*, t. III, liv. 10, ch. 36.

parents la sanction n'est jamais la nullité du mariage elle est une déchéance pécuniaire (1). (Pothier, ouv. cité, nos 337 et 338.) La Jurisprudence se trouve en effet en présence d'une situation spéciale : la théorie de la séduction ne peut pas être appliquée, et on ne peut point prononcer la nullité pour défaut de consentement sans violer ouvertement la loi canonique.

L'enfant majeur doit dans certains cas *demandeur un conseil*, dans d'autres *obtenir un consentement*. Il faut distinguer s'il s'agit de fils ou de filles.

Les filles majeures de vingt-cinq ans ne sont plus tenues d'obtenir le consentement de leurs parents, il leur suffit de requérir le conseil des père et mère au moyen d'un acte appelé « sommation respectueuse » renouvelé deux fois (2).

Les fils majeurs, au contraire, sont assujettis jusqu'à l'âge de trente ans sous peine d'exhérédation à l'obligation du consentement paternel. Passé cet âge ils sont assimilés aux filles et peuvent se soustraire à l'exhérédation au moyen des sommations.

En résumé, les enfants de famille peuvent à un moment donné se marier à leur guise sans encourir la moindre déchéance ; mais à aucune époque de leur vie ils ne sont dispensés de faire acte de déférence envers leurs parents. La majorité matrimoniale, vingt-cinq ans pour les filles, trente ans pour les fils, les affranchit complètement du

(1) Il y a une hypothèse où les cours royales prononçaient d'un commun accord la nullité du mariage d'un majeur : c'est lorsque des relations illicites avaient existé entre les époux pendant la minorité de l'un d'eux. (Brillois, *Dictionnaire des arrêts*. V. Mariage, n° 63.)

(2) En Bourgogne une seule était suffisante. Beaune. cond. des personnes. p. 453.

devoir d'obéissance, mais ils restent éternellement soumis à l'obligation du respect.

La forme de ces sommations respectueuses semble variable dans les provinces ; dans le ressort du Parlement de Paris, aux termes d'un arrêt de règlement du 27 août 1692 (*Journat des Audiences*, t. V, p. 641), les sommations respectueuses doivent être précédées d'une requête adressée au juge royal du domicile des père et mère, qui ne pouvait d'ailleurs refuser d'y faire droit. Les sommations proprement dites étaient faites par ministère des notaires.

Telle était dans son ensemble au xviii^e siècle, la théorie juridique de l'intervention des parents dans le mariage. Cette œuvre subtile basée sur des fictions et d'habiles interprétations de textes, violant la règle canonique et la législation civile en voulant respecter l'une et l'autre, puisant sa raison d'être dans les mœurs d'une société aristocratique, était vouée à une proche disparition. Nous la verrons s'écrouler au premier souffle de la Révolution avec l'état social qui l'a vue naître.

DEUXIÈME PARTIE

Le Consentement des Parents au Mariage dans le Droit Moderne

CHAPITRE PREMIER

LA LÉGISLATION INTERMÉDIAIRE

RÉFORMES INSPIRÉES PAR L'ESPRIT RÉVOLUTIONNAIRE.

LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE CIVIL.

Nous allons étudier dans ce chapitre quel fut le sort de la théorie du consentement construite au XVIII^e siècle, pendant la Révolution Française et jusqu'à l'élaboration du Code civil.

Nous serons obligé pour élucider le point qui nous intéresse d'envisager d'une façon un peu générale la crise que subissent les institutions concernant le mariage pendant cette période de laborieuse et douloureuse gestation.

Un mot résume cette crise : le mariage fut sécularisé. « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil ». (Constit. des 3-14 sept. 1791, tit. II, art. 7.) C'est ruiner d'un seul coup la théorie canonique du mariage uniquement considéré comme sacrement, et la théorie civiliste qui le traite au double point de vue de sacrement et de contrat.

Les cahiers des baillages en 1789 ne demandaient pas sur ce sujet du mariage des modifications radicales ; la compilation qui en fut faite en trois volumes réunit les vœux considérés comme unanimes ou généraux ; on y trouve peu de chose au sujet du mariage : plus de facilité

pour les mariages mixtes entre catholiques et protestants, simplification des empêchements de parenté, etc., rien sur la question du consentement. (1)

C'est seulement aux derniers jours de la Constituante, dans les délibérations finales de 1791, que fut formulé le principe de la sécularisation (27 août 1791). Les causes profondes de ce fait sont faciles à relever ; il est une conséquence de la liberté de conscience et des cultes affirmée dans la Déclaration des Droits de l'homme ; de la nécessité d'établir un état civil régulier et uniforme pour tous ; il se rattache aux efforts des civilistes gallicans pour fortifier le pouvoir de la loi séculière contre la législation canonique ; il est préparé par les doctrines émancipatrices du xviii^e siècle ; enfin il est le complément forcé de la Constitution civile du clergé.

D'autre part il y eut une cause occasionnelle : c'est, paraît-il, à propos d'incidents relatifs au mariage de Talma que cette décision considérable fut prise. Le célèbre acteur s'était vu refuser le mariage religieux par le curé de Saint-Sulpice, en raison de ce refus il en appela à l'Assemblée le 12 juillet 1790. Le rapport de Durand Maillane sur cette pétition conclut que Talma devait se contenter du mariage civil, qu'on ne pouvait obliger le prêtre à intervenir et que la cérémonie de l'Eglise n'ajoutait rien à la validité du contrat.

Cette élimination complète du caractère religieux, que l'Etat avait toujours reconnu au mariage, devait avoir une importance sociale facile à prévoir. C'est la remise en question de toute la théorie juridique de l'union légitime, avec le droit et même la nécessité pour l'Etat d'en régler les conditions nouvelles, empêchements, formes, etc.

(1) *La France d'après les cahiers de 1789*. Champion, Paris 1897.

L'idée de la législation purement civile fut énoncée par la Constituante : « Le pouvoir législatif établira, pour tous les habitants sans distinction, le mode par lequel les naissances, les mariages et les décès seront constatés et désignera les officiers publics qui recevront et conserveront les actes. »

Il y avait en quelque sorte mandat donné à la Législative de créer l'organisation de l'état-civil et du mariage sécularisés.

Un projet déposé par Murair le 15 février 1792, qui se trouve aux archives parlementaires, tome 38, n'aboutit qu'aux derniers jours de la Législative et donna naissance à deux lois distinctes, toutes les deux datées du 20 septembre 1792, l'une sur l'état-civil, l'autre sur le divorce.

Cette œuvre législative précipitée, conçue au milieu des troubles et des discussions, a bien l'apparence d'une construction faite sous la tempête; elle est marquée par l'aver-sion profonde qui anime les esprits contre les anciennes traditions, qualifiées tyranniques (1).

Nous n'allons point entrer dans le détail de ces lois mais rechercher seulement dans leurs textes ce qui intéresse notre thèse.

La puberté légale est fixée à quinze ans pour les hommes, à treize ans pour les femmes.

L'enfant mineur de vingt-et-un ans doit obtenir le consentement de son père, de sa mère, de ses proches parents ou voisins.

Le consentement du père est suffisant, dit l'article 4, celui de la mère suffit en cas de décès du père. Les orphelins de père et de mère ont besoin pour se marier du

(1) M. Lefebvre à son cours (1903-04).

consentement de cinq parents les plus proches ou à défaut, de voisins pris au lieu de domicile du mineur. Cette manière de considérer le voisinage comme une source de relations juridiques ne manque pas d'originalité, mais le fait de vivre près d'une personne fait-il présumer qu'on lui porte quelque intérêt et qu'on est prêt à la guider dans la bonne voie? Le voisinage n'est-il pas souvent une source d'hostilité ?...

Cette restriction faite, nous pouvons constater le caractère libéral et simple de ces institutions. D'abord il y a unification de la majorité, suppression de cette distinction encombrante entre la majorité matrimoniale et la majorité proprement dite. Les fils et les filles sont placés dans des conditions identiques au point de vue matrimonial, ils sont émancipés à 21 ans de toute tutelle et se marient sans avoir de réquisitions à faire, de conseils à solliciter ; voilà tombée cette solennité imposante et grotesque des actes respectueux... Ces quelques dispositions de la loi de 1792 sont réellement celles qui semblent les plus logiques et les plus rationnelles dans l'ensemble du texte ; elles s'inspirent d'une conception nouvelle de la puissance paternelle ; l'idée romaine de l'intérêt de la famille primant celui de l'enfant est complètement abandonnée, et la législation révolutionnaire revient à la doctrine canonique en réagissant contre l'organisation aristocratique de la famille (1).

(1) « Les droits du père ont leur limite... Disons-le, messieurs, » trop souvent les pères ne consultent que l'ambition dans le » consentement qu'ils donnent au mariage de leurs enfants ou dans » l'empêchement qu'ils y mettent. Si vous voulez que les mariages » soient heureux, laissez la liberté des choix. Ainsi en facilitant » les mariages vous les multiplierez et vous ferez le bien de la » société. En livrant l'homme plus tôt à lui-même, vous hâterez » les progrès de sa raison. » — Muraire, 1792.

Nous signalerons encore un décret du 8 mars 1793 portant que les militaires sont libres de se marier sans le concours de leur chef. Ce décret abolissait un règlement du 1^{er} juillet 1788, dont notre législation actuelle s'est inspirée, et qui mettait obstacle à la liberté des militaires.

L'esprit révolutionnaire ne devait pas se contenter de ces sages mesures émancipatrices ; l'existence de l'autorité paternelle fut traitée comme les autres autorités, on en vint à la méconnaître complètement. Avec la Convention naissent les doctrines de l'individualisme absolu, sans souci des lois naturelles et physiologiques qui régissent la famille.

L'Etat tend à se substituer aux parents dans l'exercice de la puissance paternelle et Danton proclame à la tribune que « les enfants appartiennent à la République avant d'appartenir à leurs parents » (2). Le retentissement de ces paroles fut grand sans doute, et leur portée considérable puisqu'elles font écho de nos jours encore, et nous savons quelles mesures législatives modernes elles préparent...

Le projet de Lepelletier de Saint-Fargeau sur l'éducation en commun de tous les enfants par la République, lu le 13 juillet 1793 à la Convention par Robespierre, et l'accueil sympathique qu'il y reçut nous montrent combien le sentiment familial et l'autorité paternelle se trouvaient ébranlés. Un décret du 7 septembre 1793 autorisa les mineurs orphelins à se marier contre l'avis du conseil de famille.

La Convention nationale, sur la pétition de Turpin-Lagrange, convertie en motion, décrète ce qui suit :

« Provisoirement et jusqu'à la publication du Code

(2) Séance du 22 Frimaire an II (*Moniteur*).

» civil, les mineurs dont les pères et mères seraient
» morts, interdits ou absents pour cause légitime, telle
» qu'il leur fut impossible de donner leur consentement
» au mariage de leurs enfants, sont autorisés à se marier
» sur l'avis d'un conseil de famille.

» Ce conseil sera composé des deux plus proches parents
» du mineur, de deux autres de ses parents qui ne
» soient pas au nombre de ses héritiers présomptifs ; il
» sera convoqué sur la réquisition du mineur par l'officier
» public qui y aura voix délibérative.

» Si le conseil de famille ne donne pas son consentement
» au mariage, il s'ajournera à un mois, et, à l'expiration
» de ce délai, si le mineur persiste, le refus du conseil ne
» pourra être fondé que sur le désordre notoire des mœurs
» de la personne que le mineur veut épouser, ou la non
» réhabilitation après un jugement portant peine d'infamie » (1).

Cette disposition est très significative et montre qu'on est bien près de la liberté complète du mariage. En somme il y a là possibilité pour le mineur de se marier à 15 ou 13 ans suivant son sexe et sans nul consentement.

Il nous reste à examiner, avant de clore cette brève analyse de la législation intermédiaire, quelques projets inspirés par des tendances très différentes, ceux de Cambacérès et ceux de Jacqueminot ; chacun d'eux eut sa part d'influence dans la rédaction du Code civil. L'examen de ces projets fera l'objet de notre second paragraphe : les travaux préparatoires. Après celui-ci nous envisagerons le régime établi par le Code civil et les modifications apportées dans le droit moderne.

*
* *

(1) Duvergier, *Collection des Lois*, vol. 6, p. 186.

Nous trouvons dans l'ouvrage de Fenet : *Les Travaux préparatoires du Code*, au tome I, pages 18 et 19, un premier projet de Cambacérès concernant le mariage des mineurs.

Ce projet est très nettement inspiré par les lois émancipatrices de la Révolution ; l'auteur est impressionné par les tendances libertaires que nous avons signalées — avec certains tempéraments néanmoins.

Suivant le régime de 1792, la majorité matrimoniale est la même que la majorité ordinaire. La faculté de se marier est donnée aux garçons de quinze ans révolus et aux filles de treize. Les majeurs sont tenus de requérir le consentement de leur père et mère, mais s'ils ne l'obtiennent pas, trois jours après la réquisition la célébration du mariage peut être faite.

Les mineurs ne peuvent se marier sans le consentement de leurs parents ; en cas d'absence, d'interdiction, de décès de l'un, celui de l'autre suffit.

Les mineurs orphelins seront autorisés par un conseil de famille, conformément au décret de 1793 cité plus haut. Si le conseil ne donne pas son consentement, le mariage sera ajourné à un mois, passé ce délai il sera célébré, à moins que le conseil de famille n'ait donné l'une des deux causes déjà mentionnées au décret de 1793 (1).

Nous ne constatons qu'une innovation dans ce texte, la fixation du délai d'un mois pour le mineur orphelin non autorisé par son conseil de famille, et du délai de trois jours imposé au majeur obligé de requérir l'avis de ses parents.

Le législateur est imbu des idées d'émancipation, mais

(1) Premier projet de Cambacérès. Livre I^{er}, titre II, art. 3, 4, 5 et suiv.

il ne pousse pas plus loin les tendances indiquées dans le paragraphe précédent, il les limite plutôt par la création de ces deux délais que nous venons de signaler; celui surtout qui est imposé au majeur semble bien indiquer la crainte d'aller trop loin dans les voies ouvertes par l'Assemblée législative et la Convention.

Le second projet (au même ouvrage Fenet, page 213) est complètement débarrassé des restrictions apportées à la liberté du mariage ; il n'est plus question de réquisition aux parents imposée aux majeurs, il n'est plus question de délai. Pour le mineur orphelin le conseil de famille continue d'être l'autorité consultée, mais sa décision, si elle est un refus, est toujours soumise à l'arbitrage public (1). Et le jurisconsulte justifie ainsi dans son rapport le texte de son projet.

« Dans cet état (la minorité) l'homme a besoin d'appui, » de soutien. Les premières années de sa vie sont confiées aux soins de ceux qui la lui ont donnée. Les premiers tuteurs sont les pères et mères. Qu'on ne parle » donc plus de puissance paternelle.

» Loin de nous ces termes de plein pouvoir, d'autorité » absolue, formule de tyran, système ambitieux que la » nature indignée repousse, qui n'a que trop déshonoré la » tutelle paternelle en changeant la protection en domination, les devoirs en droits, et l'amour en empire... » (Fenet, m. ouvrage, page 102.)

Cambacérès évolue dans le sens de l'individualisme, et ne veut plus considérer la famille que dans l'intérêt de l'enfant, sacrifiant complètement l'autorité paternelle là où elle n'est pas absolument nécessaire pour la protection

(1) Cambacérès 2^e projet, livre I^{er}, tit. V, art. 35, 36 et suivants.

des faibles. Mais est-il certain de découvrir dans quelle mesure exacte la protection est suffisante et l'autorité superflue. Les beaux discours ne sont point suffisants à solutionner les questions de cette importance ; s'il est admis que l'intérêt de l'enfant est seul en cause dans les questions de consentement familial, n'est-il pas permis de dire aussi que ce même enfant est intéressé à faire partie d'une famille unie et harmonieuse ; des mesures de protection exclusives et trop restreintes risquent non seulement d'être néfastes à l'enfant lui-même, mais encore de briser les liens qui l'unissent à ce groupe primordial, le foyer paternel. Le réformateur tient compte seulement de deux éléments sur trois dans la solution de la question : la liberté individuelle et la protection des mineurs, il en omet un qui, moindre en importance, a cependant son intérêt, l'union bienfaisante de la famille avec les nouveaux groupes issus de son sein. Le père et la mère ont et doivent conserver un autre caractère que celui de tuteurs légaux, il sont par leur affection, par leur expérience, par la loi naturelle même, les guides et les conseils de leurs enfants. Si tous les individus ont le droit d'être libres aussitôt qu'ils n'ont plus besoin d'être protégés, les pères et mères de famille ont aussi le droit de demander à ceux qui les continuent physiologiquement et juridiquement quelques obligations et quelques devoirs.

Le troisième projet de Cambacérès est analogue au second sur la question du consentement des parents au mariage ; nous relevons dans le discours préliminaire les mêmes attaques contre l'autorité paternelle. « L'autorité » du père et de la mère est, dans son essence, la même » que celle du tuteur ; elle en diffère un peu dans les acci- » dents. Il convient de rappeler aux parents que leurs

» enfants appartenant à la Patrie, ils doivent se conformer pour leur éducation, aux règles qu'elle prescrit. » (Fenet, ouv. cité, page 151).

Le projet de Jacqueminot, qui intéresse lui aussi grandement notre thèse, est dans un esprit totalement opposé, il est marqué au coin des idées de réaction que les abus précédents faisaient lever de toutes parts. Au point de vue du mariage et particulièrement du consentement des parents, il indique un retour très évident vers les sévérités de l'ancien Droit.

Dans les idées préliminaires exprimées par Jacqueminot, séance du 30 frimaire an 8 (21 décembre 1799), nous lisons : (1)

« ... C'est elle (la création du Code) qui, restituant à l'autorité paternelle le légitime empire qu'elle n'aurait jamais dû perdre, lui assurera les moyens de récompenser la piété filiale ou de punir l'ingratitude.

» C'est elle qui élèvera une barrière contre les fougueux écarts de la jeunesse ; c'est elle qui, resserrant des liens que les excès de la Révolution ont tant relâchés, garantira la paix de l'Etat par l'union des familles, et rendra les hommes plus faciles à conduire en les rendant meilleurs ; c'est elle qui, dans la vie domestique, raffermira le concert des intérêts par celui des volontés... » etc. Le projet lui-même est ainsi conçu :

« Titre I^{er}, art. 9. — Les enfants, jusqu'à ce qu'ils aient accompli l'âge de vingt-cinq ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leur père et de leur mère ; en cas de dissentiment le consentement du père suffit.

(1) Fenet, t. 1, page 331.

» Art. 10. — Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement du survivant suffit, bien qu'il ait contracté un second mariage.

» Art. 11. — Néanmoins, s'il l'a contracté après divorce, la famille sera légalement assemblée pour délibérer sur le consentement à donner au mariage de l'enfant qui n'a pas l'âge ci-dessus déterminé.

» Art. 12. — Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont tous deux dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeux et aïeules les remplacent. S'il y a dissentiment entre eux, la majorité des voix emporte consentement ; s'il y a égalité, ils sont départagés par une assemblée de famille.

» Art. 13. — S'il n'y a ni père, ni mère, ni aïeux, ni aïeules, ou s'ils se trouvaient tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les mineurs de vingt-cinq ans ne peuvent se marier qu'après avoir requis le consentement de la famille légalement assemblée.

» Art. 14. — Si la famille refuse son consentement il est sursis pendant trois mois ; après ce délai, la famille est tenue de se rassembler, et au cas qu'elle persiste dans son refus et que celui ou celle qui requiert le consentement persévère dans sa volonté et se trouve avoir atteint l'âge de vingt et un ans, il est passé outre au mariage sur le vu des deux procès-verbaux de l'assemblée de la famille.

» Dans les deux cas ci-dessus, la famille est tenue de s'expliquer dans un délai d'un mois à dater du jour de la convocation. »

Voici donc envisagées toutes les hypothèses juridiques que peut présenter la question du consentement des parents au mariage ; nous voyons qu'elles sont résolues tout

à fait dans l'esprit de la législation aristocratique du XVIII^e siècle. De pareilles divergences entre les différents projets, des manières de voir si opposées entre les jurisconsultes de l'époque intermédiaire, prouvent combien notre question est loin d'une solution logique et définitive.

Les fluctuations remarquables que nous avons essayé de suivre à travers les âges n'ont pas permis à cette partie de la législation matrimoniale d'atteindre sa maturité ; le texte du Code civil que nous allons étudier dans notre prochain, chapitre marqué d'hésitations et de réticences, ne sera qu'une étape de plus dans l'évolution de notre question.

CHAPITRE II

LE CODE CIVIL

Le Code civil tenta une laborieuse conciliation entre les tendances différentes que nous avons remarquées chez les jurisconsultes de l'époque, et d'une façon plus générale entre les législations diverses que nous avons succinctement passées en revue. La combinaison qu'il tenta ne fut pas néanmoins à « doses égales », s'il est permis de s'exprimer ainsi. Nous entendons par là que les solutions données par le Code, furent celles qui respectaient le plus la puissance paternelle ; la réaction contre l'esprit individualiste du droit intermédiaire est évidente. On a bien affirmé ce principe que l'autorité du chef de famille existe surtout dans l'intérêt de l'enfant, mais on revient en même temps à certaines règles de l'ancien Droit qui sont en parfaite opposition avec le principe. L'article 376 qui autorise le père à faire emprisonner son enfant de moins de seize ans sans justifier d'aucune raison, est un retour aux dispositions de l'arrêt de Parlement du 9 mars 1673.

Les dispositions libérales qui permettaient l'avancement de l'âge requis pour la majorité, les conditions spéciales ou l'émancipation se produisait de plein droit, sont supprimées ou restreintes, nous allons voir que la législation matrimoniale qui nous intéresse est animée du même esprit.

Dans la séance du 26 ventose an XI (17 mars 1803), au Corps législatif, les conseillers d'Etat Portalis, Réal et Galli présentaient à la discussion le projet qui devint le titre V du Code civil. Nous trouvons dans Fenet, *Recueil des travaux préparatoires*, t. IX, p. 144, des indications précieuses sur l'état d'esprit qui présida à l'élaboration de ce titre.

« Nous requérons le consentement des pères et des mères pour le mariage des fils qui n'ont point atteint l'âge de vingt-cinq ans et pour celui des filles qui n'ont point atteint la vingt-unième année », dit Portalis.

Ce sont, dit-il encore, des « précautions établies non pour l'intérêt du père, mais pour l'intérêt du fils. » Il faut protéger l'enfant, car la « connaissance du monde échappe à la jeunesse qui peut être si facilement abusée par ses propres illusions et trompée par des suggestions étrangères. »

Voici donc bien affirmé le principe de protection nécessaire, comme base de la législation du consentement.

Un autre motif est invoqué par Portalis, c'est le respect que les enfants doivent toujours à leurs parents : « L'enfant doit entourer d'une respectueuse déférence l'auteur de ses jours. »

Enfin troisième motif, et celui-là nous le connaissons bien, il fut la cause efficiente des ordonnances royales et détermina la fameuse théorie du rapt de séduction :

« Les mariages — c'est encore Portalis qui parle — sont de toutes les actions de la vie celles qui ont le plus d'influence sur le sort des familles, ou les mœurs en général, ou sur l'ordre public. » C'est l'intervention de la famille réclamée pour interdire les mésalliances, et de cette raison nous avons déjà fait justice.

Voilà donc dégagés les trois points d'appui de la législa-

tion nouvelle : Intérêt de l'enfant, intérêt des parents qui ont droit au respect, intérêt de la famille. Nous n'en sommes pas encore à ces trois principes d'importances inégales que nous avons posés nous-mêmes au début de notre étude : Intérêt primordial de la liberté individuelle, tempéré par la nécessité de protéger les faibles, et de conserver l'harmonie dans les familles.

Nous allons voir quelle application fut donnée par la loi aux principes exposés par Portalis. Pour cela nous diviserons notre chapitre en trois sections :

Section I. — *Des autorisations au mariage.* Nous verrons dans cette première partie quelles sont les personnes qui doivent demander et celles qui peuvent donner les autorisations requises pour contracter mariage.

Section II. — *Forme des autorisations.*

Section III. — *Sanctions du défaut d'autorisation.*

SECTION I

DES AUTORISATIONS AU MARIAGE (1)

L'article 488 du Code civil, fixe la majorité à vingt et un ans accomplis sauf la restriction portée au titre du mariage. L'article 148 dispose : « Le fils qui n'a pas atteint » l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas » atteint l'âge de vingt et un ans, ne peuvent contracter » mariage sans le consentement de leurs père et mère. »

Les articles 151, 152 et 153 (modifiés par la loi du 20 juin 1896 que nous étudierons ultérieurement), disposaient dans leur teneur primitive :

« Art. 151. Les enfants de famille ayant atteint la majorité fixée par l'article 148, sont tenus avant de contracter » mariage de demander par un acte respectueux et formel » le conseil de leurs père et mère, ou celui de leurs aïeuls » et aïeules lorsque leur père et leur mère sont décédés » ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

» Art. 152. — Depuis la majorité fixée par l'article 148 » jusqu'à l'âge de trente ans accomplis pour les fils et jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis pour les filles, » l'acte respectueux prescrit par l'article précédent et sur lequel il n'y aurait pas de consentement au mariage sera » renouvelé deux autres fois de mois en mois; et un mois » après le troisième acte, il pourra être passé outre à la » célébration du mariage.

» Art. 153. Après l'âge de trente ans, il pourra être à défaut de consentement sur un acte respectueux, passé » outre un mois après, à la célébration du mariage. »

De cette législation, il résulte que l'enfant au-dessous

(1) Code civil, titre V, art. 144, 148 et suivants.

de la majorité matrimoniale, doit requérir nécessairement le consentement ; au-dessus de cette majorité il lui suffit de demander, avec certaines conditions de forme, le conseil de ses parents.

Nous retrouvons l'ancienne distinction que nous avons déjà faite en étudiant l'état de l'ancien droit au XVIII^e siècle (1).

A — **Enfants Mineurs.** — 1^o Ecartant définitivement la théorie du *Consensus* paternel des romains, la loi civile française spécifie que le consentement du père et de la mère sont nécessaires au mariage de leurs enfants mineurs. Les deux auteurs sont appelés cumulativement à consentir (2), il y a droit égal, l'inspiration canonique a triomphé des traditions latines et germaniques.

Dans le cas de désaccord entre le père et la mère, c'est l'opinion du père qui a la prépondérance. Cette disposition pénale de l'article 148, fréquemment critiquée non sans une apparence de raison... semble annihiler l'affirmation de consentement respectif des deux auteurs nécessaire, faite au début de l'article. Mais étant donné que l'officier de l'Etat civil exige que l'enfant apporte la preuve du consentement ou du refus de consentir de la mère, la nécessité de consulter la mère reste établie (3).

2^o Dans le cas où l'un des auteurs est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, dit l'article 149, le consentement de l'autre suffit. Cette disposition conserve toute sa portée, même si l'époux survivant est remarié et si la tutelle ne lui a pas été conservée. Ceci est conforme au principe de Pothier d'après lequel le droit de

(1) Voir plus haut, page 78.

(2) Aubry et Rau, t. V, § 462, p. 71.

(3) Duranton II, n^o 77 ; Chardon, *Puissance paternelle*, n^o 194.

consentir au mariage est un attribut de puissance paternelle et non de tutelle (1).

Cette généralité de l'article 148 s'affirme encore par ces faits que l'émancipation met fin à la puissance paternelle, supprime les droits de garde et de correction ainsi que ceux d'administration légale, mais laisse subsister le droit d'autoriser mariage. Nous n'entrerons pas dans le détail des controverses auxquelles donnent lieu l'absence ou l'inanité d'un des auteurs (voir Laurent, t. II, n° 313; Huc, t. II, n° 36; Demolombe, t. III, n° 43; Paul Nourrisson, *Etude critique sur la Puissance paternelle*, Paris 1898, p. 76).

Les modifications qui vont être apportées à la législation du consentement des parents enlèvent l'intérêt de ces subtilités devenues dès maintenant surannées (2).

Notre étude n'ayant d'ores et déjà qu'un intérêt rétrospectif et ne devant nous servir qu'à suivre l'évolution juridique de la question jusqu'à ces derniers jours, il nous suffit d'indiquer dans leurs grandes lignes les régimes successifs.

3° Dans le cas où les père et mère sont l'un et l'autre décédés ou incapables de manifester leur volonté, l'article 150 spécifie qu'ils seront remplacés par les aïeuls et aïeules. Ceux-ci sont appelés successivement par ordre de degrés, ceux du même degré sont tous consultés, il n'y a pas de priorité de ligne. En cas de dissentiment le consentement de l'aïeul l'emporte sur celui de l'aïeule; en cas de dissentiment entre les deux lignes, ce partage, dit l'art. 150, vaut consentement.

(1) Pothier, n° 335; Locré, lég. IV, p. 328 et 329.

(2) Voir chap. V, l'analyse du projet de loi nouveau soumis aux Chambres.

4° Dans le cas où il n'y a ni père ni mère, ni aïeuls ni aïeules les fils ou filles mineurs de vingt et un ans ne peuvent se marier sans le consentement du conseil de famille, dit en substance l'article 160. Il y a là un cas particulier de majorite matrimoniale abaissée pour le fils, l'égalité de conditions se trouve rétablie entre les deux sexes. C'est qu'ici l'intérêt de la famille ne peut plus être invoqué, celle-ci est évanouie, il n'y a que l'intérêt de l'enfant à sauvegarder et l'on estime — enseignement appréciable pour l'avenir — qu'à l'âge de vingt et un ans il est suffisamment éclairé pour faire un bon mariage.

La jurisprudence et les auteurs sont à peu près d'accord pour donner au tuteur et au subrogé-tuteur la faculté de se pourvoir contre le conseil de famille dans le cas où son consentement est requis.

B — *Enfants Majeurs*. — Le Code civil a présumé que l'homme ayant atteint l'âge de vingt-cinq ans et la femme l'âge de vingt et un ans ont acquis leur maximum de développement et sont susceptibles de se marier en toute raison. Les mesures qu'il édicta sur les rapports entre parents et enfants à propos du mariage postérieurement à cette majorité, n'ont pas pour objet de protéger l'inexpérience et la faiblesse. Colmèt de Santerre dit bien qu'à tout âge l'amour éclairé des parents peut opposer un frein salutaire aux passions qui, trop souvent, emportent vers un engagement imprudent (1), mais en réalité, les dispositions de la loi sont destinées à peu près uniquement à sauvegarder l'intérêt de la famille et assurer les devoirs de respect, auxquels sont obligés les descendants envers leurs auteurs.

(1) Demante et Colmèt de Santerre, t. I, n° 209.

« Après la majorité, la puissance paternelle est toute de conseil et d'assistance » a dit Réal au Corps législatif ; l'enfant n'a plus besoin de consentement, il requiert respectueusement l'avis de ses parents.

Nous retrouvons ici encore la voie tracée par les législations antérieures. C'est l'édit de 1556, nous l'avons remarqué en l'analysant, qui le premier, avait enjoint aux fils de plus de trente ans et aux filles de plus de vingt-cinq ans, « de requérir l'avis et conseil de leurs pères et mères. »

Cet édit fut la base des « sommations respectueuses » de notre ancien droit ; la loi du 20 septembre 1792 les avait supprimées, le Code les rétablit sous le nom d'actes respectueux.

Le système des actes respectueux est réglé par l'article 151 (ancien). Les fils avant l'âge de trente ans, les filles avant l'âge de vingt-cinq ans, ne peuvent contracter mariage qu'après la notification de trois actes respectueux. Un intervalle d'un mois doit séparer les trois notifications, et l'enfant ne peut passer outre à la volonté de ses parents qu'un mois après leur avoir adressé le troisième acte respectueux.

A partir de vingt-cinq ans ou trente ans, suivant les sexes, le Code exige encore un acte respectueux et un délai d'un mois.

Il y a analogie entre les personnes qui doivent donner leur consentement et celles qui doivent donner leur avis pour le mariage de leurs enfants. Le père et la mère doivent être consultés les premiers, et à leur défaut les aïeuls et les aïeules.

L'enfant majeur qui n'a pas d'ascendants peut librement contracter mariage. Il ne peut être question dans la circonstance, de tuteur *ad hoc* ou de conseil de famille.

SECTION II

FORME DES AUTORISATIONS AU MARIAGE

A — **Forme du Consentement.** — L'article 73 du Code énonce : « L'acte authentique du consentement des père » et mère ou aïeuls et aïeules, ou à leur défaut de celui de » la famille, contiendra les noms, prénoms, professions, » domiciles du futur époux et de tous ceux qui auront » concouru à l'acte, ainsi que leur degré de parenté. »

Malgré la lettre de ce texte, il n'est pas absolument nécessaire que le consentement soit écrit. Cet article donne seulement la forme du consentement écrit, mais n'exclut point le consentement verbal. Ce dernier est parfaitement valable et l'on n'a recours à l'autre que dans les cas où les parents sont dans l'impossibilité de se présenter devant l'officier de l'Etat civil.

Le consentement donné par écrit, nécessairement par acte notarié, comme nous venons de le voir, doit-il être spécial, doit-il désigner individuellement la personne que l'enfant peut épouser ?

Il y a controverse sur cette question, mais la plupart des auteurs soutiennent l'affirmative comme plus conforme à l'esprit de la loi. Un consentement donné pour un mariage quelconque au gré de l'enfant, serait de la part de l'auteur un véritable acte d'abandon de puissance paternelle. On pourrait alors invoquer l'article 1388, qui défend de renoncer, même par contrat de mariage, aux droits résultant de cette puissance. (1)

(1) On peut aussi tirer argument dans le même sens de la législation romaine : la loi 34, de *Ritu nuptiarum* déclare que le man-

L'opinion contraire argumente ainsi :

L'autorisation au mariage n'a pas besoin d'être spéciale, car l'article 73 ne peut pas être élargi. Ce texte indique clairement tous les éléments que doit contenir l'acte de consentement ; il désigne individuellement les personnes qui seront obligatoirement mentionnées ; il n'est point question du futur conjoint, d'où inutilité d'une autorisation spéciale.

De plus, ce même article 73, strictement interprété, permet à un père, confiant dans la raison de son fils, de lui donner un consentement anticipé et d'éviter ainsi des formalités et des retards, si ce fils est établi dans quelque contrée lointaine. Et, répondant à l'objection de l'article 1388, on prouve que ce consentement anticipé et général ne comporte aucune abdication de puissance paternelle, car l'auteur qui l'a donné reste toujours libre de le reprendre s'il s'aperçoit que son fils ne mérite plus sa confiance ; les prérogatives que lui confère la loi restent donc sauves (1).

Le consentement doit être donné « au moment du mariage » ; plus exactement, comme nous venons de le voir, il peut être donné avant, mais il doit exister au

dat général de chercher un époux, n'emporte pas consentement au mariage.

Une circulaire du garde des Sceaux, du 23 juillet 1896, précise le sens de l'art. 73 dans cet esprit : « Le consentement ne saurait être donné utilement qu'en vue d'un mariage à contracter avec une personne déterminée qui doit être désignée dans l'acte : l'autorisation de se marier donnée en termes généraux par des parents à un enfant n'aurait aucune valeur et ne pourrait être admise. »

(1) En ce sens Aubry et Rau, t. V, § 466, note 6 ; Huc. Bonn. et Ronst. sur l'art. 73.

moment du mariage. En ce qui concerne l'acte notarié portant consentement, il perdra toute sa valeur si l'ascendant meurt ou est interdit avant la célébration du mariage. C'est sur ce principe que l'on base la faculté de révocation du consentement qui appartient à l'ascendant jusqu'à la célébration du mariage.

L'arbitraire d'une pareille faculté est tout à fait remarquable. Non seulement le père peut refuser son consentement au mariage de ses enfants sans aucun motif avouable, mais encore ayant donné ce consentement et permis aux futurs époux de croire fondés tous leurs espoirs, il peut retirer ce consentement sans aucun motif avouable. L'ancien droit n'avait jamais été aussi loin.

Quand le consentement émane d'un ascendant autre que le père et la mère, ou d'un tuteur *ad hoc*, il est soumis par le Code aux mêmes règles que le consentement paternel ou maternel : acte authentique spécial conformément à l'article 73. Nous verrons, en étudiant la loi de 1896, les modifications apportées à cet état de choses.

Quand le consentement émane du Conseil de famille il faut se reporter aux articles 407 et suivants qui contiennent les dispositions réglementant la composition et convocation de ce conseil.

B — **Forme de l'avis ou conseil.** — Sous ce titre nous allons étudier le moyen légal donné par le Code aux enfants majeurs de requérir le conseil de leurs parents pour le mariage, et les conditions dans lesquelles ils peuvent passer outre. Il s'agit de la fameuse procédure des actes respectueux, procédure qui semble avoir été compliquée comme à plaisir (1).

(1) Aubry et Rau, t. V, § 463, p. 88. Demolombe, t. 3, p. 66.

Nous avons vu que l'homme de vingt-cinq à trente ans et la femme de vingt-et-un à vingt-cinq ans ne pouvaient contracter mariage sans avoir requis l'avis de leurs parents par trois actes respectueux.

Après l'âge de vingt-cinq ou trente ans un seul acte respectueux suffit.

De même que les anciennes sommations dites respectueuses, non sans une certaine ironie, et qui étaient signifiées par le ministère des notaires royaux, les actes respectueux du Code civil sont rédigés dans l'étude du notaire, à la requête de l'enfant ou de son fondé de pouvoir en des termes « formels et respectueux », ils sont notifiés par le même notaire, assisté d'un confrère ou de deux témoins. Un procès-verbal est dressé contenant la réponse de l'ascendant. L'obstination malicieuse des parents à ne pas recevoir l'émissaire légal de leurs enfants n'est point un obstacle à l'effet de l'acte respectueux ; celui-ci est laissé à une personne de la maison, conformément à l'article 68 du Code de Procédure civile.

Pothier analysant l'arrêt de règlement de 1692 (1) enseignait que l'enfant « doit se transporter chez ses père et mère avec les deux notaires ou avec le notaire et les deux témoins et là les requérir de lui donner leur consentement, de laquelle réquisition le notaire dresse un acte. » Mais la pratique de l'ancien droit n'était pas conforme à cette opinion ; il était rare de voir les enfants accompagner le notaire et le législateur du Code n'a point voulu innover sur ce point. Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs semble cependant influencé par l'opinion de Pothier. « La loi, dit-il, cherche à éclairer les père et mère sur

(1) Pothier. *Contrat de Mariage*, n° 340.

» les préventions et les préjugés qu'ils peuvent avoir, les
» enfants sur leur passion qui peut les égarer. Les rappro-
» cher les uns des autres plusieurs fois, laisser de part et
» d'autre à la raison et à l'affection, le temps d'exercer
» leur influence, c'est un moyen que la nature elle-même
» indique. Lorsque ce sont des pères et mères vis-à-vis
» de leurs enfants, se voir et entrer en explication, c'est
» presque toujours dissiper les nuages et rétablir l'har-
» monie (1). »

Néanmoins la majorité des auteurs et des arrêts sont en sens contraire (2).

Nous avons vu que l'âge de l'enfant influe sur le nombre des actes respectueux. La fille pendant quatre ans, le fils pendant cinq ans à compter de leur majorité matrimoniale doivent adresser à leurs parents trois actes respectueux. Passé ce délai, c'est-à-dire à vingt-cinq ans pour la fille, à trente ans pour le fils, un seul acte respectueux suffit. Les actes doivent être renouvelés de mois en mois (3).

Cette législation demeura en vigueur jusqu'à la loi de 1896 dont nous étudierons les effets dans notre prochain chapitre.

(1) Locré. Leg. II, p. 426.

(2) Aubry et Rau. V. § 463, p. 85, n° 22. Merlin répert. v. *sommutations respectueuses*, p. 729 et 730. Toulouse 27 novembre 1861. S. 1863-2, 67. Trib. Seine 22 juillet 1865.

(3) La loi ne prévoit pas la nullité de l'acte respectueux : on appliquait alors la théorie des nullités virtuelles (formalités substantielles ou secondaires).

SECTION III

SANCTION DU DÉFAUT D'AUTORISATION

A — **Sanction du défaut de consentement.** — La sanction du défaut de consentement est civile contre l'enfant, pénale contre l'officier de l'état-civil.

La sanction civile est préventive ou répressive : c'est l'*opposition* ou la *nullité*.

L'opposition est ainsi définie par Baudry : « Une défense légale faite par certaines personnes à l'officier de l'état-civil de procéder à la célébration du mariage, et qui met effectivement obstacle à celle-ci jusqu'à ce qu'il en ait été donné main-levée. »

Les articles 172 et suivants réglementent les conditions et éléments de l'opposition. Le point de départ de cette mesure est le désir de prévenir les nullités de mariage toujours néfastes au point de vue de l'ordre social ; aux termes des articles 173 et 174 ce droit d'opposition accordé aux ascendants semble n'avoir d'autre but que de sanctionner le défaut d'autorisation (1).

En réalité, tel qu'il est établi par la loi, ce droit constitue une sanction trop restreinte du défaut de consentement ; c'est une mesure préventive, il est vrai, mais qui ne répond pas au but que lui assignait Portalis en disant :

(1) L'opposition n'est pas cependant uniquement accordée aux parents dont le consentement est requis pour le mariage (articles 172, 174, 175 C. civ.) ; le droit de former opposition appartient aux collatéraux concurremment à défaut d'ascendants dans deux cas : 1^o lorsque le consentement du conseil de famille requis par l'article 160 n'a pas été obtenu ; 2^o lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence d'un époux. Dans ces deux cas le tuteur pourra également former opposition, s'il est autorisé par le conseil de famille.

« Il vaut mieux prévenir le mal que d'avoir à le réparer. » Le législateur n'aurait-il pas dû s'inspirer de cette parole et organiser le système des oppositions de telle façon qu'on n'ait jamais eu à recourir au moyen répressif, la nullité.

Les deux articles susdits, 173 et 174, établissent la hiérarchie des oppositions : à défaut du père la mère, à leur défaut les aïeuls ou aïeules. S'il y a des ascendants dans les deux lignes, chaque ligne peut faire opposition sans souffrir de l'abstention de l'autre — peut-être même en dépit du consentement qu'elle donnerait au mariage (1).

Le droit d'opposition a le même caractère absolu que le droit de consentir au mariage. Le tribunal saisi par la requête de l'enfant ne pourra donner mainlevée de l'opposition que si l'enfant prouve qu'il est majeur et qu'il a satisfait à la formalité de l'acte respectueux ; le défaut du consentement requis par les articles 148, 150 et 160 suffit à empêcher la célébration. Mais l'article 176 établit une différence entre l'opposition émanée d'un ascendant et celle émanée d'un autre membre de la famille ou du tuteur ; le premier, seul, est dispensé d'indiquer dans l'acte le motif de son opposition (2).

En résumé nous pouvons dire : L'opposition appartient à certaines personnes sans qu'il soit besoin qu'elles en articulent les motifs, elle appartient à certaines autres pour des causes limitativement déterminées.

Dans le premier groupe sont les ascendants dont le consentement est requis pour le mariage. Il va sans dire

(1) Demolombe, n° 140. *Contra* Huc, n° 110.

(2) Signalons aussi la différence établie par l'article 179. « Si l'opposition est rejetée, les opposants autres que les ascendants pourront être condamnés à des dommages-intérêts. »

que s'ils sont dispensés d'indiquer leurs motifs, il est du moins nécessaire que leur opposition soit fondée et légitime. On avait pensé à tort que le tribunal était contraint de refuser la mainlevée quand il se trouvait en présence d'un ascendant, et que le mariage était forcément entravé. Cette opinion est depuis longtemps abandonnée. L'office du juge est facile à préciser : l'opposition est-elle fondée sur un motif légal ? Elle devra être maintenue ; dans le cas contraire l'ascendant en est débouté.

Mais à quoi sert alors cette dispense, pour les opposants de cette catégorie, d'indiquer les motifs de leur opposition dans l'acte qui en est dressé, si on ne les dispense pas de faire valoir ces moyens devant le juge, le cas échéant ? A cela nous pourrions répondre que cette faculté permet toujours aux ascendants d'arrêter, momentanément du moins, un mariage qu'ils désapprouvent.

En second lieu, si l'on suppose le cas d'un majeur qui a notifié l'acte respectueux, l'opposition, qui survient mal fondée, l'oblige néanmoins aux formalités et aux délais d'une demande judiciaire en mainlevée.

C'est encore pour les parents un obstacle dressé contre la désobéissance de leurs enfants et un dernier espoir de la vaincre.

Dans le deuxième groupe d'opposants, comprenant ceux qui ne peuvent s'opposer que pour des causes déterminées, nous trouvons, ainsi que nous l'avons indiqué plus haut, les autres membres de la famille et le tuteur (Art. 176 et 179).

Au point de vue de la forme, l'acte d'opposition doit être rédigé dans celle des exploits ordinaires, sauf certaines particularités révélées par les articles 66 et 176 en vue de permettre aux seules personnes autorisées l'opposition

au mariage, et afin d'éviter les oppositions vexatoires. (1)

Après ces mesures préventives, *la nullité*, seul moyen efficace parmi tous ceux que connut l'ancien droit pour réprimer les mariages dépourvus du consentement familial, a été conservée par le Code civil à l'exclusion de toutes les déchéances, peines pécuniaires et corporelles que nous avons rencontrées dans les législations passées. Nous pouvons dire cependant, que le Code fut plus rigoureux que les lois d'antan relativement à la validité du lien matrimonial. Nous avons vu par quelles subtilités de jurisprudence on en était arrivé au XVIII^e siècle à obtenir la nullité, les législateurs du Code la prononcent catégoriquement quand le mariage a été contracté sans le consentement des parents. Plus sévères encore que les Romains de l'Empire, ils édictèrent cette sanction suprême de la désobéissance des enfants envers leurs auteurs, pensant sauvegarder par ce moyen, l'intérêt de la famille et les devoirs du respect. Quant à la protection de l'enfant, il semble difficile de soutenir qu'une pareille mesure soit faite pour l'assurer ; briser un mariage légitimement contracté, c'est toujours créer une situation fâcheuse, grosse de graves conséquences, et susceptible de compromettre le bonheur de deux existences.

(1) D'une façon générale, le système des oppositions au mariage, s'il trouve souvent son utilité, a du moins le grave inconvénient de toutes les mesures qui entravent et retardent le mariage. Il est complété par cette autre disposition de la loi : Toute personne, que le droit d'opposition lui appartienne ou non, a la faculté de dénoncer officieusement à l'officier de l'Etat civil les empêchements dont elle a connaissance. Ainsi informé, celui-ci doit, sous peine d'engager sa responsabilité personnelle (C. civ., art. 156 et 157. C. pén. art. 194 et 346), se renseigner et refuser de célébrer le mariage s'il y a lieu. Les époux ne pourraient triompher de son refus qu'en s'adressant à la justice.

Parlant des parents qui intentent cette action en nullité, Portalis disait : « Ils vengent leur propre injure en » intentant cette action, ils font plus, ils accomplissent » un devoir. La loi requérait leur intervention dans le » mariage pour l'utilité des époux. Ils satisfont au vœu » de la loi, ils répondent à sa confiance en cherchant à » réparer, par voie de la cassation, le mal qu'ils n'ont pu » prévenir par les voies plus douces d'une tendre surveillance. » Nous n'essayerons point de justifier une pareille manière de voir qui est bien loin de notre pensée.

Ce sont les articles 182 et 183 du Code qui établissent la nullité. Alors qu'à Rome, l'action n'était donnée qu'au seul *pater familias*, elle appartient chez nous aux personnes dont le consentement est nécessaire pour la célébration du mariage. Sans doute, il était légitime de se fonder sur les liens du sang, sans distinction de sexe, pour déterminer les personnes appelées à consentir, mais en donnant à chacune d'elles successivement l'action en nullité, on a augmenté les cas dans lesquels un mariage peut être supprimé, on a créé une situation plus rigoureuse que celle du droit romain ; toutes les bornes de la réaction sont dépassées :

Article 182. — « Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil » de famille dans les cas où ce consentement était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux » qui avait besoin de ce consentement. »

Aux termes de cet article l'action en nullité peut être même intentée par l'époux qui avait besoin du consentement pour contracter mariage. L'ancien Droit ne reconnaissait point à l'enfant l'exercice de cette action, le premier projet du Code avait reproduit cette prohibition

« parce qu'il avait semblé juste qu'il ne pût se prévaloir de » sa propre faute et arguer du défaut de consentement que » la loi l'obligeait à prendre. » Mais l'auteur de la seconde rédaction fit remarquer « qu'en général il est permis à tous » ceux qui ont contracté une obligation nulle et viciée de » réclamer contre leur engagement et surtout lorsqu'ils » l'ont contracté pendant leur minorité... Si on reçoit » favorablement les plaintes d'un mineur qui prétend » avoir été surpris dans une convention peu importante, » on doit avec justice lui accorder la même faveur lorsqu'il demande à être restitué contre l'aliénation qu'il a faite de sa personne (1). »

L'action en nullité appartient, avons-nous dit, aux personnes dont le consentement était requis au moment de la célébration du mariage ; il va sans dire que seuls les auteurs qui devaient consentir ont l'action en nullité quand ils sont vivants après le mariage. Au cas où l'union aurait été contractée par le mineur non autorisé du vivant de ses père et mère, le père seul pourra attaquer le mariage parce que son consentement était seul nécessaire à la validité du lien ; celui de la mère bien que demandé par la loi n'était pas indispensable puisqu'au cas de dissentiment il n'aurait pas été tenu compte de sa volonté. Si avant que l'action soit couverte par l'expiration du délai légal ou par la confirmation du père, celui-ci venait à mourir, il semble qu'il faille admettre la même solution. Le consentement de la mère n'en avait pas été, en effet, plus nécessaire au moment de la célébration du mariage, et ce n'est pas un événement imprévu comme la mort du père qui peut faire naître cette nécessité (2).

(1) Locré III. p. 331, voir aussi p. 392, ch. 3, Pothier, n° 446.

(2) *Sic* Laurent, n° 457. *Contra* Aubry et Rau, p. 76, n° 46.

Dans le cas où l'action en nullité appartient aux aïeuls et aïeules, s'il y en a dans les deux lignes, Demolombe pense que : « l'action en nullité ne peut être intentée par » une ligne qu'autant que l'autre ligne ne ratifie pas. »

Au sujet du conseil de famille, il a qualité pour agir même si la majorité des membres ou tous les membres qui siégeaient lors de la célébration du mariage sont décédés au moment où l'action devra être intentée.

La nullité qui frappe les mariages non autorisés est une nullité relative. Art. 183 : « L'action en nullité ne peut plus » être intentée ni par les époux, ni par les parents dont » le consentement était requis toutes les fois que le » mariage a été approuvé expressément ou tacitement par » ceux dont le consentement était nécessaire, ou lorsqu'il » s'est écoulé une année sans réclamation de leur part » depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Elle ne » peut être intentée non plus par l'époux lorsqu'il s'est » écoulé une année sans réclamation de sa part depuis » qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir lui-même » au mariage. »

Dans la circonstance il y a au point de vue de la prescription de la nullité une dérogation à l'article 1304 qui établit une durée de dix ans pour couvrir les nullités relatives. Mais n'est-ce point déjà tenir en suspens trop longtemps la validité d'un mariage que de l'exposer pendant une année à l'exercice de l'action en nullité. Un pareil régime permet, ce qui est pis encore, à un mineur marié à dix-huit ans d'exercer au bout de quatre années cette action en nullité.

Relativement à la ratification qui peut être expresse ou tacite il y a une différence entre celle émanée de l'époux et celle émanée de la famille. Dans le dernier cas elle est opposable non seulement aux parents qui ont ratifié,

mais encore à l'époux lui-même. C'est une conséquence juridique du principe qui exige le consentement : l'enfant peut demander la nullité parce que sa capacité n'était pas complète au moment où il a consenti au mariage et c'était l'approbation des parents qui devait la compléter ; leur confirmation vient faire disparaître un vice dont était entachée la volonté de l'enfant, elle supprime la cause de nullité (1). De la ratification de l'époux au contraire ne résulte aucune fin de non-recevoir opposable aux parents qui voudraient faire annuler le mariage (2). Dans le premier cas le mariage est inattaquable alors même que l'action serait déjà introduite par l'époux (3); dans le second il reste soumis au bon plaisir des parents. C'est bien là suivre la parole de Portalis et permettre à la famille de « venger sa propre injure. »

L'énumération des fins de non-recevoir de l'article 183 semble complète : la mort ou la majorité survenue de l'époux non autorisé n'apporteraient donc pas d'entrave à l'action en nullité des parents. Il y a cependant controverse sur ce point. Aubry et Rau, Toullier et Baudry sont dans ce sens ; Demolombe soutient au contraire que l'action ne saurait survivre à l'autorité dont elle a pour but d'assurer le respect (nos 282 et 291).

Le conseil de famille, qui perd son principe d'autorité aussi bien que son existence lors du décès ou de la majorité du mineur n'a point après ces événements qualité pour intenter l'action (4).

(1) Laurent, n° 462. Aubry et Rau, p. 77, n° 57. Demolombe, n° 290. Huc, n° 132. Duranton, n° 300.

(2) Laurent, n° 466. Huc, n° 132. Beaudry Lacantinerie, n° 1789.

(3) *Sic* Demolombe, n° 275. *Contra* Baudry Lacantinerie, n° 1784.

(4) Baudry, n° 1783.

Telle est la double sanction civile du défaut de consentement. Disons un mot de la sanction pénale qui atteint l'officier de l'état-civil. L'article 193 du Code pénal prononce contre celui-ci une amende de seize à trois cents francs et un emprisonnement de six mois à un an quand il a célébré un mariage en l'absence des consentements requis par la loi. Si au lieu de l'absence de consentement il y a seulement défaut de mention de ce consentement dans l'acte de célébration, l'officier de l'état-civil est puni d'une amende qui ne pourra excéder trois cents francs et d'un emprisonnement d'au moins six mois (article 156 du Code civil).

B — **Sanction du défaut de conseil.** — Il n'y a plus en cette matière de sanction répressive mais seulement la mesure préventive de l'opposition. Autrement dit le défaut de conseil n'est qu'un empêchement prohibitif; c'est l'article 173 *in fine* qui l'établit : « Le père et à défaut du » père, la mère..., etc. peuvent former opposition au » mariage de leurs enfants et descendants, encore que » ceux-ci aient vingt-cinq ans accomplis. »

Le majeur qui n'a pas rempli la formalité des trois actes respectueux, — ou de l'acte respectueux unique depuis la loi de 1896 — est donc soumis à l'opposition de ses ascendants. Les articles 176 et 179 semblent reconnaître aux ascendants du majeur un droit d'opposition aussi étendu qu'à ceux du mineur, dans les deux cas la loi dispense les ascendants d'indiquer les motifs sur lesquels ils appuient leur opposition; cependant le rôle du tribunal est différent dans les deux cas sur la demande en mainlevée introduite par l'enfant.

Quand il s'agit d'un mineur, les juges sont obligés de maintenir l'opposition formée au mariage par l'ascendant,

sur le seul motif que l'ascendant refuse d'autoriser le mariage. Quand il s'agit d'un majeur, cette obligation est insuffisante ; si l'ascendant n'invoque aucun motif légal à l'appui de son opposition, le tribunal devra en prononcer mainlevée sur la demande de l'enfant. La Cour de cassation en a décidé ainsi, cassant un arrêt en sens contraire de la Cour de Bourges dans une espèce qui, cependant, se présentait sous un jour favorable pour l'opposant : Un père avait formé opposition au mariage de sa fille majeure qui lui avait adressé des actes respectueux. Assigné en mainlevée, il prétendit justifier son opposition en alléguant que l'homme auquel sa fille voulait s'unir était un de ses anciens domestiques, forçat libéré, par lequel elle s'était laissée séduire. La mainlevée fut prononcée par la cour. (1) L'article 176 qui dispense les ascendants de motiver leur opposition n'est point violé par cette jurisprudence ; cet article n'est relatif qu'à la rédaction de l'acte d'opposition ; mais en présence d'une demande en mainlevée si les parents n'étaient pas obligés de donner leurs motifs, il y aurait violation des articles 148 et 150 et il faudrait dire que le majeur ne peut contracter mariage sans le consentement de ses parents.

En réalité, l'avantage que fait la loi aux ascendants, en les dispensant de motiver leur opposition, se réduit à une possibilité de retarder la célébration du mariage. N'est-ce point déjà une sanction démesurée ? Les parents peuvent, sans raison valable, par simple caprice, retarder l'union de leurs enfants, il ne leur sera point demandé compte de cette mesure vexatoire, ils ne seront passibles d'aucun dommages et intérêts.

(1) Dans le même sens : cas. 30 juin 1879, D., 80. 1. 135 — 5., 79. 1. 416. Demolombe n° 141. Huc n° 113. Laurent n° 401.

L'officier de l'état-civil, qui célèbre le mariage des majeurs en l'absence d'actes respectueux, est soumis à une condamnation pénale. L'article 157 du Code civil la fixe à trois cents francs d'amende et une condamnation dont la durée ne pourra être moindre d'un mois.

Telle est succinctement examinée la théorie du consentement des parents au mariage cristallisée dans le Code civil. Nous étudierons dans notre prochain chapitre les modifications qui furent apportées à cette construction juridique par les lois ultérieures.

CHAPITRE III

LOIS POSTÉRIEURES AU CODE

LES DÉTAILS QUI INTÉRESSENT NOTRE QUESTION DANS LES LOIS
DU 10 DÉCEMBRE 1850 ET DU 24 JUILLET 1889. — LA LOI DU
20 JUIN 1896.

Le régime que nous venons d'étudier dans le Code civil ne reçut aucune modification, ou à peu près, jusqu'à la loi de 1896.

Avant d'analyser les dispositions de cette loi importante et d'étudier les travaux parlementaires qui la précédèrent, nous citerons pour mémoire quelques textes antérieurs au projet Lemire qui ont certains rapports, assez lointains du reste, avec notre thèse. Nous trouvons d'abord un avis du Conseil d'Etat du 14 thermidor an XIII sur la production des actes de décès des personnes dont le consentement est requis pour le mariage. Cet avis qui était destiné, nous le verrons, à pénétrer dans notre Code, semble déjà répondre à ce besoin de simplification et d'allègement que les législateurs ressentiront de plus en plus. Le Conseil d'Etat déclare qu'une attestation des aïeuls et aïeules suffira pour établir le décès des père et mère devant l'officier de l'état-civil, qui mentionnera cette déclaration dans l'acte de mariage. Si même les père

et mère, aïeuls et aïeules sont décédés ou absents et qu'on ne puisse établir par titres leur décès ou leur absence, l'officier de l'état-civil célébrera le mariage en se contentant de la déclaration des époux, faite sous la foi du serment, qu'ils ignorent le dernier domicile de leurs ascendants.

Nous n'insistons pas plus longuement ici sur ce texte, nous allons avoir l'occasion d'en reparler en examinant les travaux parlementaires sur le projet de loi Lemire.

Mentionnons en second lieu la loi du 10 décembre 1850, où s'affirme nettement cette fois le souci d'élaguer les obstacles et les formalités qui retardent le mariage ou qui du moins en rendent l'accès onéreux et difficile aux indigents.

Enfin citons encore la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés. Nous relevons à l'article 1^{er} :

« Les père et mère et ascendants sont déchus de plein
» droit, à l'égard de tous leurs enfants et descendants, de
» la puissance paternelle, ensemble de tous les droits qui
» s'y rattachent, notamment de ceux énoncés aux arti-
» cles... 148 (*consentement au mariage des mineurs*)... 151
» (*droit de s'opposer au mariage des majeurs qui n'ont pas*
» *requis leur conseil*).....

» 1^o S'ils sont condamnés par application du paragra-
» phe 2 de l'article 334 du Code pénal ; 2^o s'ils sont con-
» damnés soit comme auteurs, co-auteurs ou complices
» d'un crime commis sur la personne d'un ou plusieurs
» de leurs enfants..., etc., etc. »

Article 14. — « En cas de déchéance de la puissance
» paternelle les droits du père et à défaut du père les
» droits de la mère, *quant au consentement au mariage*,
» etc. sont exercés par les mêmes personnes que si le père

» et la mère étaient décédés, sauf les cas où il aura été
» décidé autrement en vertu de la présente loi. »

La loi prévoit le cas où la tutelle de l'enfant sera confiée à l'assistance publique; on se conforme alors aux lois des 15 pluviôse an XIII et 10 janvier 1849.

*
* *

A la séance de la Chambre du 21 mai 1894 la cinquième commission d'initiative parlementaire, présidée par M. Jules Brice, chargée d'examiner la proposition de loi de M. l'abbé Lemire, député, en présentait un rapport sommaire (1).

Les modifications proposées, indique ledit rapport, porteront :

1^o Sur l'acte respectueux imposé et réglementé par les articles 151, 152, 153 du Code civil. On propose de restreindre cette formalité exigée trois fois à une seule fois « parce » que la répétition ne change rien d'ordinaire aux dispositions réciproques des parents et des enfants et ne fait » que retarder inutilement le mariage. »

2^o Sur la loi du 10 décembre. — En vue de continuer l'œuvre commencée par cette loi et de restreindre les formalités exigées pour le mariage ou du moins d'en faciliter l'accès aux indigents. Pour cela : classer les actes respectueux parmi ceux qui en cas d'indigence sont exonérés de frais, ainsi que les actes de consentement. « Le » mariage est l'exercice d'un droit naturel, dit en propres » termes le rapport. Si la loi civile règle ce droit elle ne

(1) Comité d'études sociales. Archives, dossier n^o 14, n^o 1 et suivants.

» doit pas le gêner inutilement par des formalités sans
» raison suffisante et par des obstacles d'argent. »

Cette tentative de M. Lemire est, nous le voyons, des plus intéressantes au point de vue de notre thèse, elle est la première atteinte portée à la législation du Code sur le consentement des parents au mariage. Bien que des plus modérées en ses prétentions, elle contient une revendication contre le formalisme suranné des trois actes respectueux, elle revendique plus de libéralisme et plus de facilité dans l'accès au mariage.

Ce projet de loi est le premier qui fut discuté utilement devant les Chambres en la matière. Avant lui, le 2 juillet 1888, M. Félix Le Roy, député, avait déposé un projet tendant à modifier plusieurs dispositions légales du mariage en vue d'en favoriser l'accès, mais cette proposition n'avait pas été discutée (4^e législature 1885-1889). Reprise pendant la législature suivante par M. Thellier de Poncheville elle fut à la séance du 19 juin 1890 adoptée pour la première délibération, mais elle ne fut pas honorée d'une deuxième délibération jusqu'à la fin de la législature.

C'est le 15 mars 1894, que M. Lemire, reprenant cette proposition à peu près dans l'esprit des tentatives précédentes, la présenta à la Chambre.

Les causes sociales qui semblent avoir inspiré le législateur sont surtout : la répression du concubinage (1) que les difficultés entravant le mariage favorisent, c'est le

(1) « Dans bien des cas, le nombre de démarches et d'actes, sans
» parler des frais, est tel qu'il finit par lasser la patience des futurs
» époux. Ceux-ci se résignent à une cohabitation qui, dans leur
» pensée, doit être plus tard régularisée, mais qui, en fait, n'est
» que trop souvent brisée par l'abandon. »

Exposé des motifs, précédant la proposition de M. Félix Le Roy.

désir de combattre la dépopulation, l'inquiétant affaiblissement de la natalité, constituant un danger social et national qu'il faut s'efforcer d'atténuer.

Voilà le projet initial de M. Lemire : (1)

Article 1^{er}. — L'article 151 du Code civil est ainsi modifié : « Les enfants de famille ayant atteint la majorité » fixée par l'article 148, sont tenus, avant de contracter » mariage, de demander par acte respectueux et formel, le » conseil de leur père, de leur mère, ou celui de leurs aïeuls » et aïeules, lorsque leur père et leur mère sont décédés ou » dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Il pourra

(1) La proposition de la loi présentée par la Commission est dans la teneur suivante :

Art. 1^{er}. — L'article 73 du Code est ainsi modifié :

Art. 73. — « L'acte authentique du consentement des père et mère ou aïeuls et aïeules, ou à leur défaut celui de la famille » contiendra les prénoms, noms, etc., etc. » (Article 73, actuel.)

Art. 2. — L'article 151 du Code civil est ainsi modifié :

Art. 151. — « Les enfants de famille ayant atteint la majorité, » etc..., il pourra être, à défaut de consentement sur l'acte respectueux, passé outre à la célébration du mariage. » (Art. 151 actuel.)

(*in fine*) « Si le domicile et la résidence des aïeuls ou aïeules, » dont le consentement ou le conseil est requis sont inconnus, il » sera procédé à la célébration du mariage sur la production d'un » certificat établissant cette situation, et délivré par le maire du » lieu où ces ascendants avaient leur ancien domicile connu. »

Art. 3. — Les articles 152 et 153 du Code civil sont abrogés.

Art. 4. — L'article 155 est ainsi modifié :

(Voir 1^{er} § de l'article actuel) — 2^e § « Sera assimilé à l'ascendant » dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'ascendant subissant la peine de la relégation ou maintenu aux colonies en conformité de l'article 6 de la loi du 30 mai 1854 sur l'exécution de la » peine des travaux forcés. Toutefois, les futurs époux auront toujours le droit de solliciter et de produire à l'officier de l'Etat » civil le consentement donné par cet ascendant. »

Art. 5. — (Modification à la loi de 1850.)

» être à défaut du consentement sur l'acte respectueux,
» passé outre un mois après, à la célébration du ma-
» riage. »

Art. 2. — Les articles 152 et 153 sont abrogés.

Les articles 3 et 4 ne nous intéressent pas directement ; ils comportent le projet de modification à la loi du 10 décembre 1850, relativement à l'exonération de frais de l'acte respectueux et de l'acte de consentement prescrit par l'article 73.

Un premier amendement proposé par M. Charles Ferry, réclamait la liberté complète de contracter mariage après l'âge de vingt et un ou vingt-cinq ans, suivant le sexe, supprimant complètement l'acte respectueux. Un deuxième, apporté par M. l'abbé Lemire lui-même, supprimait la partie de l'article 1^{er} (art. 151 modifié) : ... « ou celui de » leurs aïeuls et aïeules lorsque leur père et leur mère » sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur » consentement » restreignant aussi la nécessité de l'acte respectueux aux père et mère seulement.

Le rapporteur, M. Bertrand, combattit ces deux amendements. En parlant du premier il discute ainsi :

« Avec l'amendement proposé les parents pourraient » parfois ignorer le projet de mariage et le mariage » lui-même. Ce serait, en conséquence, enlever dans ce » cas aux père et mère non seulement la faculté d'accor- » der ou de refuser leur consentement, mais, ce qui est » plus grave encore, la possibilité d'appeler l'attention de » leurs enfants sur l'importance de l'acte qu'ils se propo- » sent d'accomplir et sur les conséquences qu'il pourra » avoir dans l'avenir, non seulement pour le conjoint di- » rectement intéressé mais pour les père et mère eux-mê- » mes. Et en effet, en outre des relations de la vie quoti- » dienne, le mariage, de par nos lois, crée des droits et

» des obligations à la fois entre les futurs époux mais
» aussi entre ces derniers et leurs beaux parents. »

Pour le deuxième, le rapporteur le combat au nom de la commission, uniquement dans l'intérêt de la famille; il s'en rapporte même sur ce point à l'opinion de Demolombe qu'il cite..... « intérêt pour leur famille à ce qu'un mariage » ne crée pas des rapports d'alliance et de parenté tout à » fait mal assortis. »

La commission répondait à l'objection de la difficulté à obtenir le consentement des aïeuls et aïeules quand leur existence ou leur domicile sont douteux ou inconnus; elle proposait de terminer l'article 1^{er} de la loi (art. 151 modifié) par le texte suivant :

« Si le domicile et la résidence des aïeuls ou aïeules dont
» le consentement est requis sont inconnus, il sera procédé
» à la célébration du mariage sur la production d'un cer-
» tificat établissant cette situation et délivré par le maire
» du lieu où ces ascendants avaient leur dernier domicile
» ou dernière résidence connus. »

Le projet Lemire portait encore une modification de l'article 73 qui ne donna lieu à aucune discussion, à propos des autorités devant lesquelles peut être donné l'acte de consentement (Code C. art. 73).

La Chambre adopta article par article la proposition telle qu'elle fut présentée par le rapporteur, en décidant une deuxième délibération. Cette deuxième délibération eut lieu le deux avril 1893.

M. Charles Ferry, revenant sur son amendement, proposa purement et simplement l'abolition des articles 151, 152, 153, 154, 155, 157, 158 du Code civil proposant la liberté complète du mariage à partir de vingt-et-un et vingt-cinq ans. L'orateur fit valoir la nécessité de lutter contre la dépopulation et les inconvénients de l'union libre

en facilitant le mariage. « La commission, dit-il, m'a paru » dans la circonstance bien timide, bien timorée ; elle a » cru faire un prodige en établissant pour l'âge de vingt- » cinq ans (nécessité d'un seul acte respectueux) ce qui » existe pour l'âge de trente ans d'après le Code... » enfin discutant avec verve les abus de la puissance paternelle et critiquant les paroles de Demolombe que nous avons rapportées plus haut, il défendit très chaleureusement la cause de l'émancipation.

M. Trarieux, ministre de la Justice, après avoir déclaré la sympathie personnelle qu'il avait pour l'amendement Ferry, déclara cependant le combattre en tant que ministre... « Je ne crois pas, dit-il, que nous ayons le droit » d'édicter des lois en nous plaçant seulement au point de » vue de nos sentiments personnels » et plus loin « je ne » prétends pas qu'on ne puisse voir dans sa proposition la » législation de l'avenir, et, pour ma part je la verrai » sans inquiétude inscrire dans nos Codes, le jour où il » sera démontré que cette nouvelle étape dans la voie » des réformes peut être franchie. »

L'amendement fut repoussé par 308 voix contre 238, c'est-à-dire à une majorité de soixante-dix voix seulement.

M. Lemire justifia alors sa proposition de supprimer la formalité de l'acte respectueux quand on se trouve en présence des aïeuls et aïeules, pensant qu'on trouvait là le moyen de simplifier une situation souvent gênante quand le domicile des aïeuls était inconnu ou leur existence douteuse. L'orateur fit remarquer à la Chambre qu'en prenant cette attitude il défendait la cause des indigents qui souvent se trouvaient dans cette situation d'ignorance alors que les riches aplanissaient aisément ces difficultés.

Le rapporteur exposa que les dispositions de l'article 155

(ancien) étaient suffisantes pour trancher la difficulté, le dit article établissant qu'en cas d'absence des ascendants le jugement déclaratif d'absence permettrait de passer outre au mariage, à défaut de ce jugement, celui ayant ordonné l'enquête ou même un acte de notoriété délivré par le juge de paix du dernier domicile ou de la dernière résidence. Au surplus, dit en substance le rapporteur, l'avis du Conseil d'Etat du 14 thermidor an xiii vient corroborer fortement la portée de cet article.

« Le Conseil d'Etat est d'avis qu'il n'est pas nécessaire
» de produire les actes de décès des pères et mères des
» futurs mariés, lorsque les aïeuls et aïeules attestent ce
» décès ; et dans ce cas il doit être fait mention de leur
» attestation dans l'acte de mariage.

» Que si les pères et mères, aïeuls ou aïeules dont le
» consentement ou conseil est requis sont décédés, et si
» l'on est dans l'impossibilité de produire l'acte de leur
» décès ou la preuve de leur absence faute de connaître
» leur dernier domicile, il peut être procédé à la célébra-
» tion du mariage des majeurs... etc. »

L'opposition du rapporteur donna lieu à une discussion assez chaude qui se termina par le vote de l'amendement Lemire à 70 voix de majorité, amendement remplaçant intégralement l'article 2.

Enfin, un nouvel amendement proposé par M. Naquet et repris par la Commission fut exposé à la séance du 4 avril. Il constitue les termes du nouvel article 152 :

« S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou
» séparés de corps, le consentement de celui des deux
» époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura
» été prononcé et qui aura obtenu la garde de l'enfant
» suffira. »

Il fut voté sans grande discussion.

La proposition, émanant de la Commission, de substituer à l'article 153 abrogé le texte nouveau :

« Sera assimilé à l'ascendant dans l'impossibilité de » manifester sa volonté, l'ascendant subissant la peine » de la relégation ou maintenu aux colonies, etc. » (Art. 153 actuel) fut également adopté.

Au point de vue de l'article 5 de la loi, devenant l'article 155 du Code, on lui adjoignit, sur la demande du rapporteur, le dispositif de l'avis du Conseil d'Etat (14 thermidor, an XIII) que nous avons cité plus haut, en substituant les mots « il sera procédé au mariage » aux mots il pourra être. . . »

Sur la demande de M. Lefoullon, une simplification de procédure fut apportée constituant l'article 7 de la loi : « Dans les cas prévus par la présente loi, les oppositions » à jugements et arrêts par défaut sont irrecevables. »

Tel était dans son ensemble l'œuvre de la Chambre des députés ; en somme, quand le projet de loi vint devant le Sénat il ne différait du droit actuel que sur la rédaction de l'article 151, grâce à l'adoption de l'amendement Lemire et sur les termes de l'article 7 (article 179, actuel). La loi supprimait la nécessité de présenter un acte respectueux aux aïeuls et aïeules. Le passage devant le Sénat devait être marqué d'une réaction sur ce point ; c'est M. le sénateur Demôle, qui éleva le premier la voix contre ce fait, d'avoir écarté les aïeuls et aïeules de la formalité de l'acte respectueux. Il invoque des arguments bien faits pour émouvoir des parlementaires ayant atteint l'âge mûr. Est-il possible, dit-il en substance, que des enfants ayant perdu leur père et leur mère puissent se marier sans même demander au grand-père son avis, pouvons-nous supporter un pareil manque d'égards ? ! ?... Et il proteste vivement contre les termes employés par le

rapporteur du projet à la Chambre « les ascendants à raison de leur âge avancé, à raison des préjugés dont les vieillards sont souvent imbus, pourraient refuser leur consentement pour des motifs qui n'ont rien à voir avec le bonheur de l'enfant. » L'honorable sénateur réclamait le retour à la rédaction de l'article 151 primitif, c'est-à-dire le rétablissement du membre de phrase supprimé à la Chambre : « ... ou celui de leurs aïeuls et aïeules, etc. »

L'amendement de M. Demôle fut adopté à 122 voix de majorité.

Les autres articles de la loi furent votés sans discussion à cette première délibération du Sénat. A la deuxième délibération des critiques s'élevèrent sur les termes de l'article 7, la commission en modifia la forme et le rédigea tel qu'il est écrit au Code (article 179). Ce changement et l'ensemble de la loi furent votés.

Le projet étant enfin revenu à la Chambre fut définitivement adopté le 11 juin 1896.

CHAPITRE IV

ESSAI DE CRITIQUE SUR LA LÉGISLATION PRÉSENTE

MOUVEMENT LITTÉRAIRE, JURIDIQUE ET SOCIAL EN FAVEUR DE
L'ÉMANCIPATION DES ENFANTS AU POINT DE VUE DU MARIAGE.
— LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

La législation que nous venons d'analyser et sous le régime de laquelle nous sommes encore, jusqu'à la promulgation de la loi actuellement soumise au Sénat, a-t-elle apporté une solution stable et suffisante au problème juridique qui nous intéresse.

Le régime du Code civil modifié par la loi de 1896 règle-t-il d'une façon équitable et logique les rapports des parents et des enfants au point de vue du mariage. Nous le disons dans l'introduction de notre thèse, le système doit faire la part de trois principes, de trois bases qui sont les raisons d'être uniques de son existence. Les rapports des auteurs et de leurs descendants, quand il s'agit de l'union légitime de ceux-ci, sont définis et déterminés par la loi car il est nécessaire que l'individu jeune et incomplètement armé pour l'existence soit protégé dans les actes qui engagent son avenir par ceux que la nature a désignés pour cela.

Il est nécessaire que cette protection soit restreinte à son minimum ; quand elle devient une entrave à la liberté d'un être complètement développé, arrivé à l'âge où la loi

présume la pleine possession de la raison, elle perd toute nécessité. Elle n'est plus qu'un obstacle à la facilité du mariage, elle devient un mal social.

Néanmoins on doit tenir compte, dans une mesure moins large à la vérité, du troisième élément que nous avons déjà mentionné : l'intérêt social d'un Etat à être composé de familles unies, de groupes solidement et harmonieusement constitués. « La famille est une société entre les » parents et les enfants, et une société est une réunion de » plusieurs volontés agissant pour une fin commune par » des moyens communs avec la connaissance et la volonté » de cette collaboration (1).

» C'est, dit encore M. Boistel, une des sociétés les plus » fortes, les plus puissantes, les plus indestructibles qui » puissent exister (2).

» La fin spéciale de cette société est de donner son plein » développement à la nature humaine dans ses membres » ou en d'autres termes de faire jouir ses membres de la » plénitude des biens naturels. » (3)

La loi doit favoriser autant que possible ce concours de volontés dans la famille, cette collaboration étroite de tous les membres dans les actes juridiques concernant leur état. L'œuvre législative devra redouter l'introduction d'éléments de discorde compromettant l'union du groupe. Mais l'autorité exagérée du chef est-elle une condition indispensable au fonctionnement harmonieux de la famille? Nous ne le pensons pas. Cette autorité, si elle dépasse certaines limites, risque justement de compromettre en la

(1) Boistel. *Le Droit dans la Famille*, ch. III, p. 34.

(2) Même ouvrage, p. 38.

(3) Même ouvrage, p. 40.

personne des membres le « plein développement de la nature humaine » elle peut arriver à entraver cette « jouissance étendue des biens naturels » qui est la raison d'être même de la famille.

Que signifie en somme ce terme « famille »? Quelle réalité représente-t-il? Pas plus que le terme « Etat » il n'a de raison d'être que dans la personnalité des individus, des unités, qui forment le groupe (1). Le chiffre cent n'est rien que la réunion d'une quantité déterminée d'unités existantes et tangibles. Il ne faut donc point parler en matière de législation de « l'intérêt de la famille », cette expression ne peut avoir d'autre signification que l'intérêt propre des membres. L'accord de volonté entre les parents et les enfants à propos du mariage de ceux-ci, le « consentement » qui assurera l'harmonie générale ne sera pas à proprement parler un acte de « puissance paternelle », une manifestation d'autorité, il sera requis dans l'intérêt primordial de l'enfant et secondairement pour ne pas isoler, dans la mesure du possible, un groupe nouveau du groupe ancien. Eviter si faire se peut cet isolement c'est évidemment agir dans l'intérêt *de tous les membres* de la famille.

Nous avons dit que ce troisième élément, dont nous venons de rechercher l'importance, devait être cependant considéré comme secondaire dans la théorie juridique que nous étudions.

En effet, et cela tient aux conditions de la vie moderne, le noyau familial tend à se rétrécir de plus en plus. Il faut perdre de vue le type patriarcal antique quand on édicte

(4) En sens contraire Auguste Comte « La société humaine se compose de familles et non d'individus ». Paul Bourget « L'unité sociale n'est pas l'individu, mais la famille. »

des dispositions légales concernant l'état et la capacité des personnes dans la famille.

L'union étroite qui doit exister et qu'il est nécessaire de maintenir, c'est celle des parents et de leurs enfants en bas âge ; le jour où ceux-ci atteignent leur majorité, le jour surtout où ils fondent un nouveau foyer, l'intérêt d'une solidarité rigoureuse est beaucoup moindre. Nous ne sommes plus au temps où la descendance d'un homme s'abritait tout entière sous la même tente, assemblée autour du foyer, protégée par son chef, son maître, son père. Alors, en effet, et justement, ce maître avait le droit de dire : J'admets chez moi cette femme et non cette autre. Je gouverne ceux que je défends. Ce qu'un tel état social devait engendrer à l'époque moderne, on le voit aujourd'hui par le spectacle des sociétés nomades d'Asie ou des pays Maures qui sont tombées une à une sous la main des peuples libres.

Désormais, grâce aux facilités de communication, la famille essaime, pour ainsi dire ; de la demeure paternelle comme d'une ruche, partent tour à tour les groupes nouveaux, ils doivent pouvoir, dans la plus large indépendance, aussitôt que la nature le permet, fonder où il leur plaît une autre maisonnée.

Donc, le régime de 1896 a-t-il fait une part suffisante et proportionnée à ces trois principes que nous venons d'énoncer ? Nous croyons pouvoir répondre que non. La loi de l'abbé Lemire fut un progrès, elle marque une voie dans laquelle le législateur doit continuer.

Cet ultimatum qui, pour être rédigé en termes respectueux, n'en est pas moins une déclaration officielle que l'enfant est décidé à ne pas tenir compte de la volonté de ses parents, mérite d'être radicalement supprimé à

l'égard des aïeuls et aïeules, aussi bien qu'à l'égard des pères et mères.

D'autre part, la différence établie par la loi, suivant l'un ou l'autre sexe dans l'âge de la majorité matrimoniale, se justifie-t-elle suffisamment ?

Nous ne pensons pas que cette dérogation à la majorité de droit commun, apportée dans le Droit matrimonial, soit nécessaire.

« ... Nous touchons aux limites de l'absurde, dit M. Pierre Louys (1). On estime qu'à vingt-deux ans, un homme est assez mûr pour porter les galons de lieutenant. On lui confie quatre-vingt-quinze hommes avec la permission de les envoyer — sans le consentement de son père — au combat. Et sans ce même consentement on ne lui confie pas une femme qui l'aime assez pour le suivre. Il peut fonder une maison de commerce, une usine, une société, une colonie, mais non une famille. Il peut être médecin, professeur, architecte, chef de mission ou diplomate, mais on lui interdit d'être « mari », si tel est le caprice de ses ascendants. »

Il faut bien le reconnaître, cette boutade un peu véhémentement n'est pas dépourvue de bon sens.

D'après Tarde, (2) il n'y a plus lieu dans notre état de mœurs, de supporter les interdictions de mariage : « Quant aux interdictions de mariage, nous n'admettons plus celles qui, jadis, édictées dans l'intérêt de la conservation des familles, ne répondent plus à nos mœurs individualistes. »

Ce qui doit disparaître de nos Codes, et c'est là peut-être

(1) « *L'Archipel*. »

(2) *Les Transformations du Droit. Régime des personnes*, page 56.

la réforme qui s'impose davantage, c'est la nullité du mariage de celui qui, n'ayant pas atteint sa majorité matrimoniale, s'est marié à l'insu ou contre la volonté de ses parents. La nullité ne peut se fonder sur aucuns des principes que nous avons posés en notre matière, ce n'est pas là un élément de protection au contraire, ce n'est pas là non plus un moyen de maintenir l'harmonie dans la famille. La nullité apparaît seulement comme une punition pour l'enfant qui s'est soustrait à l'autorité familiale, ne voilà-t-il pas une sanction disproportionnée avec la faute. « Les » parents, dit M. Boistel, peuvent exiger que leur enfant » ne se marie pas sans que son choix ait été contrôlé et » approuvé par eux... La sanction pourra-t-elle former la » nullité du mariage célébré sans ce consentement ? Nous » ne le pensons pas et pour plusieurs raisons : d'abord » cela nous paraît répugner à l'essence même du mariage » qui est l'union la plus complète entre deux êtres de » sexe différent ; du moment que cette union existe réellement par l'accord de deux volontés... elle nous semble » complètement indissoluble... Je dis en outre que sans » doute il y a violation du droit des parents, laquelle doit » être réparée, mais que cette réparation ne va pas jusqu'à exiger la nullité du contrat. En effet leur autorité » sera suffisamment vengée par une punition imposée au » fils qui l'aura méconnue... Or le mal causé par la nullité » du mariage est hors de toute proportion avec la faute » commise. Nous maintenons donc que le défaut du consentement des parents au mariage des enfants ne peut » jamais être un empêchement dirimant. » (1)

Nous avons remarqué cependant en examinant les tra-

(1) Boistel. *Le Droit dans la Famille*, p. 92.

vaux parlementaires qui ont préparé la loi de 1896 que nulle tentative n'a été faite en vue de supprimer ce cas de nullité de mariage.

Il est un moyen adopté, comme nous le verrons dans notre paragraphe suivant, par diverses législations étrangères pour tempérer l'autorité des parents sur le mariage de leurs enfants, c'est l'intervention de la justice dans les cas où le consentement n'est pas donné. Ce moyen est antique, nous l'avons vu introduit dans la loi romaine, nous l'avons retrouvé dans la jurisprudence du XVIII^e siècle.

En plusieurs matières déjà nos tribunaux agissent pour protéger l'enfant contre les abus de la puissance paternelle ; c'est le droit de garde enlevé au père et à la mère pour être conféré à d'autres ascendants ou même à des tiers, c'est le droit de visiter les grands parents malgré la défense du père, c'est parfois le culte dans lequel l'enfant devra être élevé ; voilà autant de points sur lesquels le magistrat a maintes fois statué (1). Ces interventions sur les points que nous venons de relever semblent légitimes et bienfaisantes, nous ne pensons pas qu'il en serait ainsi en matière de mariage. Ce n'est pas en créant une formalité de plus, en ouvrant la porte à des procédures toujours lentes — puisque ce sont des procédures — que l'on simplifiera, que l'on facilitera l'accès au mariage. Les procès sont toujours néfastes, ils le sont encore plus en famille ; nous pensons qu'il faut éviter à tout prix ce con-

(1) Paris, 14 août 1869. D. 1869, 2. 238. — Bourges, 8 septembre 1884. D. 1886, 2. 78. — Lyon, 27 mars 1886. D. 1887, 2. 155. — Paris, 29 juillet 1887. *Gaz. Pal.* 1887. 2. 255. — Poitiers, 21 juillet 1890. D. 1891, 2. 73. Paris 15 octobre 1898. *Gaz. Pal. sup.* janvier 1899, p. 83. Paris, 18 janvier 1899. *Gaz. Pal. sup.* février 1899, p. 234, etc., etc.

flit du père et du fils devant un juge, il est toujours déplorable qu'il se produise au foyer familial mais lui donner le retentissement du prétoire, ce ne serait pas améliorer la situation, malgré l'indépendance plus grande qu'y gagneraient les enfants au point de vue du mariage.

Ce n'est pas par ce moyen que le législateur atteindra le but : instituer une loi émancipatrice et modérée à la fois, réglant d'une façon stable et logique les rapports des parents et des enfants de famille au point de vue du mariage ; c'est, pensons-nous, en supprimant nettement et sans arrière-pensée, les demi-mesures, les restrictions, les difficultés qui encombrant le régime actuel.

Nous le disons ici, malgré notre grand respect pour le Code Civil, monument qui contient les assises puissantes de l'ordre social et de la Paix, malgré une répugnance sincère que nous avouons contre les réformes hasardeuses et intempestives, nous croyons qu'il y a lieu de trancher au plus tôt cette question du consentement familial, de la rénover complètement si l'on peut employer cette expression, alors qu'il s'agit de revenir en grande partie à la tradition catholique du Moyen-Age.

Les hommes de Droit ne sont pas les seuls à s'être occupés de la question qui nous intéresse. Par les problèmes qu'elle soulève : accroissement de la natalité, diminution du concubinage (1), réaction contre le mal des suicides passionnels si nombreux de nos jours, elle est entrée dans le domaine des sociologues, et la littérature s'en est

(1) Sur 28.000 mariages contractés en vingt ans grâce à l'intervention de la société de Saint-François Régis, dans l'agglomération bruxelloise, 17.000 n'ont été que la régularisation d'une union antérieure. Sur 56.000 futurs époux, 34.000 vivaient en concubinage. (Chiffres donnés par l'abbé Lemire dans son exposé des motifs.)

emparée. Passer en revue tous les auteurs qui l'ont abordée, serait un travail considérable ; il s'est trouvé d'une part, des défenseurs de la puissance paternelle qui l'ont fait avec une grande autorité et une éloquence élevée ; nous avons eu l'occasion de citer au cours de cette étude quelques extraits des légistes et des auteurs du xvi^e siècle. C'est au commencement du xviii^e siècle surtout, au moment où la réaction aristocratique se trouvait à son apogée, que les partisans de la discipline rigoureuse de la famille ont affirmé avec force leur opinion. « Quelques » législateurs, disait Montesquieu, ont eu une attention » qui marque beaucoup de sagesse ; c'est qu'ils ont donné » aux pères une grande autorité sur leurs enfants. Rien » ne soulage plus les magistrats ; rien ne dégarnit plus » les tribunaux ; rien enfin ne répand plus de tranquillité dans un Etat où les mœurs font toujours de » meilleurs citoyens que les lois. C'est de toutes les puissances, celle dont on abuse le moins ; c'est la plus » sacrée de toutes les magistratures, c'est la seule qui ne » dépend pas des conventions et qui les a même précédées.

» On remarque que dans les pays où l'on met dans les mains paternelles plus de récompenses et de punitions, les familles sont mieux réglées... etc. » (1)

Nous avons vu combien les législateurs du Code (2) s'inspirèrent de ces idées, nous savons quel retentisse-

(1) Montesquieu — *Lettres Persanes*, CXXIX.

(2) « Là, où le père est législateur dans sa famille, la société est » déchargée d'une partie de sa sollicitude. Qu'on ne dise pas que » c'est un droit aristocratique. Il est tellement fondé sur la raison » que c'est dans les classes inférieures que le pouvoir du père est » le plus nécessaire. » Portalis, séance du 20 janvier 1804.

ment elles eurent dans l'œuvre de Le Play et de ses disciples.

D'autre part, les avocats de l'indépendance des enfants au sujet du mariage, ont été également nombreux dans le courant des âges, aujourd'hui ils sont légion. Depuis « *Roméo et Juliette* », nombreux sont les littérateurs qui ont, sinon revendiqué instamment la suppression du consentement des parents, du moins manifesté leur sympathie aux enfants qui souffraient de la tyrannie paternelle.

A côté des écrits du xvii^e siècle où sont flétris les mariages clandestins nous trouvons, surtout vers la fin du siècle, après les premières ordonnances, des nouvelles et des contes remplis de la doléance des amoureux séparés par l'opposition de leurs parents. Au théâtre, cette situation de l'antagonisme des pères et des fils dans le mariage, ne mérite pas d'être relevée, elle est devenue banale, elle constitue la trame d'une quantité de comédies du xvii^e et du xviii^e siècle. Où donc allait la sympathie de l'auteur, et partant celle du public ? Aux enfants toujours, dont l'amour triomphe, au dénouement, des obstacles que les parents apportaient au mariage. Molière dans *l'Avare*, les *Femmes Savantes*, les *Précieuses Ridicules*, *Tartuffe*, ne s'est-il point servi de ce vieux thème qui n'a jamais perdu son intérêt. Avec le romantisme, le refrain des amours contrariés se chante toujours, et c'est toujours le même, avec des notes différentes ; George Sand, Balzac ne l'ont point dédaigné ; les romanciers modernes, les meilleurs et les pires en vivent encore (1).

(1) Une œuvre de M. Brioux, « *La Petite Amie* », fut représentée, il y a quelques années, sur la scène du Théâtre Français. Le fond de la pièce est une lutte, entre un fils de famille et ses parents, au

Depuis quelques années le mouvement littéraire et social en faveur des modifications que comporte ce point de Droit a pris de l'ampleur ; depuis le centenaire du Code Civil, depuis que la « Commission de réforme du Code » instituée en 1904 (1) commença ses travaux sur la législation du mariage, un renouveau d'actualité fut donné à notre question. Jusqu'en 1905 nous relevons des traces de l'existence de cette commission ; depuis deux ans un silence profond enveloppe ses travaux... Peut-être les a-t-elle abandonnés ?

Peu de temps après la création de la Commission extra-parlementaire, un « Comité libre de réforme du mariage », composé d'avocats, de sociologues, d'hommes politiques, d'écrivains, se formait sous la présidence de notre confrère M^e Henri Coulon. Ce qu'est l'œuvre de ce comité, nous l'apprécions par la définition qu'en donnent ses membres eux-mêmes.

« Le Comité de réforme du mariage vient en quelques séances d'émonder, de tailler à vif les branches mortes du vieil arbre de la loi », disent Paul et Victor Marguerite dans un article du *Journal* (2). Les membres de ce comité, ajoutent-ils, « n'ont pas vieilli dans l'atmosphère desséchante des salles d'audience, dans la poussière et la cendre des bibliothèques. »

Et plus loin « Ce qui convient ici c'est la cognée, c'est la hache... regardons-le de près ce code centenaire... ce n'est pas cent ans, c'est deux mille ans qu'il porte in-

sujet d'un mariage qu'ils ne veulent permettre. Le drame se dénoue par un suicide.

Voir *Revue des deux Mondes*, 1^{er} janvier 1887. *Le Combat contre le Vice*, par M. le Comte d'Haussonville.

(1) Décret du 3 décembre 1904.

(2) *Le Journal*, 15 février 1906.

crustés dans sa rigidité sénile. Il date des barbares, il garde par endroits l'empreinte de la sauvagerie primitive... etc. »

Voilà qui nous promet de belles lois « réorganisatrices de la famille ! » La tradition importe peu à ces réformateurs ; l'érudition juridique c'est « la cendre des bibliothèques » ; la minutieuse recherche des origines et des causes profondes, voilà des vétilles qui ne servent de rien quand il s'agit de détruire, de briser à grands coups de « hache » et de « cognée ». Ledit comité (1) élaborait des textes où l'on sent à la vérité quelque souci généreux d'émancipation individuelle et d'amélioration sociale mais sans apporter dans son œuvre une connaissance suffisante et complète des personnes pour qui il légifère et de leurs mœurs. La législation qu'il élabore ce cénacle est à l'usage de quelques groupes agglomérés à Paris et dans les grandes villes ; elle ne s'approprie nullement aux mœurs d'une grande partie de la nation, la population des campagnes et des petites villes.

Cette critique est loin d'être la seule que nous pourrions formuler, mais il ne convient point ici de nous lancer dans de trop faciles digressions.

Le mariage n'est plus un contrat d'ordre public, il ne comportera aucune solennité ; le divorce largement facilité devient une formalité à l'usage des époux mécontents, etc., etc. les autres dispositions à l'avenant.

Néanmoins la partie qui concerne notre thèse du con-

(1) Nous relevons parmi les noms des membres du Comité : MM. René de Chavagnes, Armand Charpentier, les présidents Sère de Rivières et Sébastien-Charles Lecomte, Octave Uzanne, M^{mes} de Sainte-Croix et Oddo-Deplon, Paul Adam, Octave Mirbeau, Maeterlinck, le président Magnaud, etc., etc.

sentement des parents au mariage mérite d'être citée ici ; c'est à notre avis, dans l'œuvre de ce comité et malgré l'exagération qu'il comporte, le dispositif le plus intéressant et le plus rationnel :

Le consentement des père et mère ou du tuteur ne sera plus exigé que jusqu'à l'âge de dix-huit ans pour la fille et de vingt-et-un ans pour le fils. L'acte respectueux est entièrement supprimé. Même avant cette majorité le mariage sera célébré malgré l'opposition des parents en cas de grossesse. En cas de divorce les enfants n'auront à justifier que du consentement de celui des époux qui en aura la garde. Le droit d'opposition qui appartient aux proches parents, au tuteur ou au procureur de la République, ne peut plus être fondé que sur l'état de démence des époux futurs, et à charge de provoquer l'interdiction. La sanction du défaut de consentement n'est plus que pénale, seulement à l'égard de l'officier de l'état-civil.

Nous allons retrouver dans le projet soumis aux Chambres la plupart de ces innovations. D'ores et déjà nous nous associons — non sans des restrictions très sérieuses — à l'esprit qui les anime. Trop de raisons militent pour une réforme, il est temps qu'elle s'accomplisse. Il est temps que la mutuelle inclination des jeunes gens prenne le pas, dans les mariages actuels, sur les raisons de famille ou d'intérêt. Plus de liberté aux fils et filles favorisera l'accomplissement d'unions plus nombreuses et diminuera peut-être le caractère de marchandage qu'empruntent la plupart des mariages modernes. Avec la loi nouvelle, les entraves étant relâchées les enfants se marieront plus jeunes, et peut-être verrons-nous s'atténuer cette décroissance de la population en France que d'inquiétantes statistiques nous signalent chaque jour. Elle sera, cette loi nouvelle, la panacée de bien des douleurs, elle guérira bien

des découragés, elle évitera bien des drames. Le banal fait divers des quotidiens ne permet pas de se le dissimuler : le suicide d'amour est un mal fréquent et tangible, qu'il convient d'enrayer au plus tôt.

Avant d'examiner dans quel sens et dans quels termes les Chambres conçoivent cette réforme nous allons faire un bref examen des législations étrangères, examen qui nous permettra de constater ce que nos voisins ont fait déjà pour pallier aux graves inconvénients signalés, et combien nous sommes restés loin derrière eux sur ce terrain.



C'est dans l'Act du 18 juillet 1823 de Georges II, complété sous Guillaume IV par l'Act de 1836, que nous trouverons l'état du Droit anglais sur notre question. Voilà des monuments d'apparence surannée, mais l'Angleterre est par principe hostile à toute codification, à toute innovation. « La législation anglaise, dit Tocqueville, est comme » un arbre antique sur lequel les légistes ont greffé sans » cesse les rejetons les plus étrangers, dans l'espérance » que, tout en donnant des fruits différents, ils confon- » dront du moins leur feuillage avec la tige vénérable » qui les supporte. » (1)

Il y a en Angleterre des mariages *conformist* et des mariages *non conformist* : les premiers sont célébrés par l'Eglise anglicane, les autres par une Eglise dissidente ou simplement sont des mariages civils.

Conformist ou *non conformist* les mariages se célèbrent le plus souvent « *par bans* », c'est-à-dire qu'ils sont précé-

(1) Tocqueville. *De la Démocratie en Amérique*, t. II, p. 177.

dés de publications faites par un ministre du culte ou par un « *registrar* » et accompagnées de la formalité d'une mention du mariage sur le « *marriage notice book* ».

Le mariage par licence, plus rare, est celui que l'évêque ou le « *superintendent registrar* (1) » (suivant que le mariage est ou non conformiste) autorisent avec dispense de bans dans une paroisse où l'une des parties réside au moins depuis quinze jours.

Enfin il y a aussi le mariage avec licence extraordinaire réservé aux pairs et aux grands seigneurs, qui peut se célébrer en tout lieu, à n'importe quelle heure du jour ou de la nuit.

En principe et quelle que soit la forme du mariage le fils et la fille mineurs de vingt et un ans doivent obtenir le consentement de leur père, à son défaut de leur tuteur et enfin de la mère non remariée. Au défaut des trois, nulle autorisation n'est requise, et après vingt et un ans il n'est plus question d'autorisation ni de conseil.

Qui plus est, les mineurs eux-mêmes ne sont point forcés de s'incliner en silence devant le refus de consentir des parents ; ils en appellent devant la Cour de la Chancellerie, et celle-ci peut, non seulement autoriser le mariage, mais encore condamner les opposants à des dommages et intérêts.

C'est par l'opposition aux bans, dans les mariages qui en comportent, que les parents ont la faculté d'entraver momentanément la célébration ; si l'on a passé outre le mariage est nul. Dans les mariages par licence, la validité du lien n'est jamais compromise, que le mineur ait été ou non autorisé ; néanmoins, si par une allégation

(1) Inspecteur de l'enregistrement des actes de l'état-civil.

mensongère il s'est déclaré majeur ou autorisé, il subira certaines déchéances pécuniaires au profit de son conjoint innocent de la supercherie, ou des enfants futurs.

« A quatorze ans, dit un romancier moderne, un petit » Anglais peut épouser sa meilleure amie qui en a douze. » La loi n'y voit aucun inconvénient, et si les pères de » ces enfants croient devoir protester, ne croyez pas qu'il » leur suffise de prononcer un simple veto comme en » France. On leur demande leurs motifs ; on les interroge devant les tribunaux, où les enfants ont le droit » d'attaquer le refus mal justifié qui les sépare. Ceci se » passe tous les jours à Londres, à Melbourne, à Bombay » et à Liverpool, cités qui ne paraissent pas encore en » cadence... »

La part faite à l'imagination, peut-être un peu vive, qui inspire cet auteur, nous sommes obligés de convenir que les dispositions libérales de la loi Anglaise ne semblent pas produire des effets néfastes au point de vue social chez nos voisins d'Outre mer. Les familles sont généralement unies, le sentiment filial est aussi développé que chez nous et la population augmente.

Ce régime est une conséquence non seulement des mœurs et du tempérament britanniques, mais aussi de l'influence persistante des principes du droit canon (1).

Au *nouveau Code civil allemand*, nous trouvons des dispositions moins rigoureuses que celles de notre législation. Sans doute, il est dit que les personnes de capacité restreinte ne se peuvent marier sans l'autorisation de leur représentant légal (art. 1304), et cette disposition com-

(1) En Ecosse, le défaut de consentement n'est même pas un empêchement prohibitif, il est seulement sanctionné par une très légère amende.

prend les incapables de toute nature, mais au point de vue de la majorité la loi est particulièrement libérale,

A vingt et un ans, jeunes gens et jeunes filles peuvent se marier sans aucune autorisation. Pour les garçons cet âge de la majorité est aussi l'âge de la puberté légale, s'ils désirent se marier avant, ils doivent à partir de dix-huit ans, obtenir le consentement paternel et bénéficier d'une « *déclaration de majorité* » (art. 1303).

Les jeunes filles peuvent se marier à partir de seize ans ; jusqu'à l'âge de vingt et un ans elles doivent être dûment autorisées. Le consentement quand il est requis est toujours celui du père. La mère ne consent que si le chef de famille est prédécédé ou dans l'incapacité physique ou juridique de consentir (art. 1305).

A défaut des deux auteurs cette prérogative passe au tuteur. Dans ce dernier cas l'enfant peut se pourvoir en justice contre le défaut d'autorisation, il ne le peut pas contre ses père et mère, leur décision est péremptoire (1).

La minorité des filles non autorisées, l'interdiction chez l'un ou l'autre sexe entraîneraient la nullité du mariage s'il a été célébré sans le consentement du représentant légal. Le défaut d'autorisation chez un mineur « déclaré majeur » ne serait au contraire qu'un empêchement prohibitif entraînant certaines déchéances pécuniaires.

La législation italienne est très directement inspirée par notre Code civil ; le premier Code qui ait eu force obligatoire fut promulgué le 25 juin 1865 ; il ne s'écartait guère de nos types de loi que pour se rapprocher du Droit Romain qui y demeure, en cette nation, comme un fonds solide et persistant.

La puissance paternelle se ressent en Italie plus qu'ail-

(1) Sauf, bien entendu, au cas de majorité.

leurs de ses origines antiques ; au point de vue du mariage l'enfant est majeur à vingt et un ou vingt-cinq ans suivant le sexe. Il doit, comme chez nous, pendant sa minorité, être autorisé par ses parents. Le consentement du père suffit en cas de dissentiment. A défaut des père et mère le consentement des aïeuls et aïeules est requis mais seulement jusqu'à l'âge de vingt et un ans. Voilà déjà une différence intéressante avec notre système français ; d'autres encore établissent au point de vue du libéralisme la supériorité de la loi italienne sur la nôtre.

Le refus d'autoriser le mariage n'est jamais péremptoire ; la Cour en connaît et peut autoriser le mariage. Enfin les actes respectueux ont été supprimés. Cependant, de même qu'en France, la sanction des mariages célébrés outre le consentement requis est la nullité.

C'est *en Espagne* que la législation canonique a conservé le plus d'importance ; aujourd'hui encore les partis de libre pensée s'élèvent avec véhémence contre l'influence du catholicisme sur la législation du mariage. Une loi du 18 juin 1870 avait établi le mariage civil à peu près sur le même modèle que notre Code, mais un décret du 9 février 1875 restitua le mariage canonique, déclarant qu'il produisait tous les effets civils, et le rendit obligatoire à ceux qui professent la religion catholique. Le Code civil Espagnol du 24 juillet 1889 a maintenu la dualité du mariage civil et canonique, les dispositions concernant le mariage des enfants de famille sont communes aux deux institutions. La majorité matrimoniale est fixée à vingt-trois ans pour les deux sexes. Avant cette majorité, l'autorisation de la famille est requise, et, après la majorité, le conseil des auteurs doit être également demandé ; on ne peut y passer outre qu'après un délai de trois ans. Mais la sanction de ces prescriptions n'est jamais la nullité, elle

consiste en peines et déchéances, voire même prison correctionnelle dans ses degrés moyens (art. 47, 48, 49).

Le Portugal a une législation à peu près analogue.

La Russie, enfin, considère le mariage comme un contrat essentiellement religieux ; il n'existe que célébré à l'Eglise conformément au culte professé par les futurs époux. Ceux-ci, quel que soit leur âge, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs parents. Néanmoins, quand il s'agit d'enfants majeurs, les parents ne peuvent s'opposer à leur mariage que pour des motifs déterminés par la loi.

Dans certaines provinces du midi, les tribunaux connaissent du refus d'autorisation des parents et peuvent donner licence de n'en pas tenir compte. De plus, la sanction du défaut de consentement n'est jamais la nullité ; elle consiste en un emprisonnement de brève durée (1).

Ce très rapide et très incomplet aperçu nous a permis de constater combien notre régime est rigoureux et autoritaire comparé à ceux des nations environnantes. Presque toutes les législations étrangères ont atténué l'omnipotence des parents au point de vue du mariage de leurs enfants ; nulle part nous ne retrouvons comme chez nous une autorité quasi absolue et sans appel.

(1) En Suisse, au-dessus de vingt ans l'enfant a toute liberté pour se marier ; au-dessous de cet âge le consentement de celui qui exerce la puissance paternelle est nécessaire.

D'après le Code des Pays-Bas les majeurs doivent, au-dessous de trente ans, demander le conseil de leurs père et mère. En cas de refus, le juge de paix tente une conciliation après laquelle, passé le délai de trois mois, il peut être procédé à la célébration du mariage.

En Autriche, aucune obligation n'est imposée aux majeurs pour contracter mariage.

CHAPITRE V

LÉGISLATION EN VOIE DE CRÉATION

Monsieur l'abbé Lemire, député, a déposé une proposition de loi, le 15 janvier 1903, qui a été renvoyée à la Commission de la réforme judiciaire et de la législation civile et criminelle.

L'objet de cette proposition est de modifier l'état du Droit matrimonial sur trois points : 1° le consentement des parents, 2° le domicile, 3° la publicité.

Nous avons eu l'occasion d'apprécier les idées sociales qui guident M. Lemire dans son œuvre ; l'exposé des motifs de ce nouveau projet affirme le développement plus large encore de ces idées. Au point de vue du consentement réglé par les articles 148 et 151 « nous possédons, » dit-il, la législation la plus étroite et la plus méfiante » qu'il y ait en Europe. » (1) Il y a donc lieu, selon lui, d'abaisser uniformément l'âge de la majorité à vingt et un ans : « un jeune homme peut à tout âge reconnaître » légalement et sans le consentement de ses parents, un » enfant né d'une union illicite, et il a besoin de ce consentement jusqu'à vingt-cinq ans pour légitimer ce » même enfant. »

Ensuite, M. Lemire demande la suppression des actes

(1) *Comité d'études sociales*. Archives. Dossier 18, f° 1 et suivants.

respectueux ; cette suppression pourrait être radicale ; cependant l'auteur du projet, éclairé par le vote du Sénat sur l'amendement Ch. Ferry, repoussé par 308 voix contre 238, propose un moyen terme, un état de transition : maintenir l'acte respectueux jusqu'à trente ans et le supprimer à partir de cet âge même pour les père et mère.

L'acte respectueux sera radicalement supprimé quand il s'agit des aïeuls et aïeules. La seule objection que l'on fasse à cette réforme, est-il dit en substance dans l'exposé des motifs, c'est la légitimité du conseil demandé aux ascendants quand, les père et mère ayant décédé très jeunes, ce sont les ascendants qui ont élevé l'enfant et l'ont entouré de tous leurs soins.

M. Lemire répond, que l'adhésion des aïeuls et aïeules pourra toujours être fournie ; elle deviendra une simple faculté, ainsi que le concède l'article 4 *in fine* de la loi de 1896 pour le consentement de l'ascendant relégué. D'autre part, le droit de faire opposition au mariage est maintenu conformément à l'article 173 du Code civil.

Voici, du reste, la teneur de la proposition sur la matière du consentement des parents.

ARTICLE 5

« L'article 148 est remplacé par le suivant :

» Le fils et la fille qui n'ont pas atteint vingt et un ans
» accomplis ne peuvent contracter mariage sans le con-
» sentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment
» le consentement du père suffit.

» Ce dissentiment peut être constaté par acte notarié,
» par exploit d'huissier, par procès-verbal dressé par
» l'officier de l'état-civil ou par lettre de refus adressée à
» ce dernier par la mère.

» Le silence gardé pendant un mois après la réception
» d'une lettre d'avis de l'officier de l'état-civil est consi-

» déré comme un refus de la part de l'ascendant à qui
» elle a été adressée. »

ARTICLE 6

L'article 150 est complété par le paragraphe suivant :
« Le dissentiment peut être constaté dans ces deux cas
» comme il est dit à l'article 148. »

ARTICLE 7

« L'article 151 du Code civil et l'article 2 de la loi du 20
» juin 1896 sont remplacés par les dispositions suivantes :

Art. 151. — » Jusqu'à l'âge de trente ans accomplis les
» enfants de famille qui ont atteint la majorité fixée par
» l'article 5 de la présente loi, sont tenus, avant de con-
» tracter mariage pour la première fois, de demander par
» acte respectueux et formel, le conseil de leur père et
» de leur mère, à moins que ceux-ci ne soient dans l'im-
» possibilité de manifester leur volonté.

» Si les père et mère sont décédés ou dans l'impossibi-
» lité de manifester leur volonté, les futurs époux auront
» le droit de solliciter et de produire à l'officier de l'Etat
» civil le consentement de leurs aïeuls et aïeules.

» Il pourra être à défaut de consentement passé outre
» un mois après à la célébration du mariage.

» Toutefois, si le fils ou la fille n'a pas atteint l'âge de
» vingt-cinq ans accomplis, le père, et à défaut du père
» la mère, peuvent, dans les quinze jours de la notifica-
» tion du projet de mariage, prendre leur recours contre
» celle-ci.

» Ce recours est formé par assignation à jour fixe
» devant le tribunal de première instance du domicile ou
» de la résidence de l'enfant.

» Le délai de la comparution est de huitaine, le juge-
» ment n'est pas susceptible d'opposition, mais il peut être
» frappé d'appel dans la quinzaine du prononcé, s'il est

» contradictoire, ou de la signification s'il est par défaut ;
 » le délai de comparution devant la Cour est de huitaine.

» Le Tribunal et la Cour instruisent la cause d'urgence
 » et entendent le procureur de la République ou le pro-
 » cureur général en chambre du conseil ; ils statuent en
 » séance publique. Le ministère des avoués n'est pas re-
 quis ; les parties sont tenues de comparaître en personne,
 » elles peuvent se faire assister d'un conseil.

» Si les motifs du conseil sont reconnus fondés, le juge
 » ordonne de surseoir au mariage.

ARTICLE 8

» L'article 154 du Code civil est modifié de la façon sui-
 » vante :

Article 154. — « L'acte respectueux sera notifié à celui
 » ou à ceux des ascendants désignés en l'article 151 ; par
 » deux notaires, ou par un notaire et deux témoins, ou
 » par l'officier de l'état-civil du domicile ou de la rési-
 » dence des futurs époux et dans le procès-verbal qui
 » doit en être dressé il sera fait mention de la réponse. »

Le rapport de la *Commission de la réforme judiciaire et de la législation civile et criminelle* fut déposé à la séance du 30 janvier 1906 ; il adopte les conclusions de l'abbé Lemire conformément à la majorité matrimoniale ; pour la suppression de l'acte respectueux il va plus loin que l'auteur de loi et se range à l'opinion de Ch. Ferry pour demander sa disparition complète. (Voir *Officiel* : Chambre des Députés, n° 2946.)

La proposition de loi rencontra de l'opposition au point de vue de la suppression de l'acte respectueux ; c'est sur ce point et non sur celui de l'abaissement de la majorité matrimoniale que des discussions s'élevèrent. Certains esprits s'émurent de voir les deux réformes se produire

concurrentement, redoutant un danger pour la stabilité et la solidarité familiales.

L'article 5 fut adopté dans la teneur suivante : « Le fils » et la fille qui n'ont pas atteint l'âge de vingt et ans » accomplis ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment le » consentement du père suffit. »

Après le vote le président mit aux voix le texte de l'article 6 modifié par la commission et consacrant la disparition complète des actes respectueux :

Article 6. — « Les articles 151, 152, 153, 154, 155, 156, » 157 du Code civil sont abrogés ainsi que toutes les autres dispositions contraires à la présente loi. »

Et les objections de devenir plus précises et plus nombreuses. M. Lemire répond en signalant une situation intéressante : « Lorsqu'une de ces unions qui ne sont pas » sanctionnées légalement et qui ne peuvent pas l'être, » par suite de formalités trop complexes ou trop coûteuses, est brusquement interrompue par un accident mortel, il arrive bien souvent qu'une pauvre femme qui est » mère de deux ou trois enfants ne peut obtenir aucune » des indemnités que la loi a entendu accorder à la veuve » et aux orphelins... »

La Chambre adopta l'article 6 par 285 voix contre 220.

L'article 7 proposé par la commission remplaçant celui du projet initial fut également adopté.

L'article 138 est ainsi modifié :

« Les dispositions contenues aux articles 148 et 149 sont » applicables aux enfants naturels légalement reconnus. »

L'ensemble de la loi fut voté, mais la Chambre refusa d'admettre l'urgence par 291 voix contre 226. C'est à une époque bien voisine de celle où nous écrivons cette thèse

que le Sénat a été saisi de la présente proposition de loi. (1)
Le rapport de la Commission fut présenté par M. le sénateur Catalogne le 29 décembre 1906.

Ce rapport comporte plusieurs modifications : sur la modification de la majorité il est d'accord avec la décision de la Chambre; il considère « qu'il est sage de contraindre, durant la période de vingt et un à trente ans, les enfants à solliciter le consentement paternel et maternel. »

Le rapporteur reprend en faveur de l'émancipation les arguments que nous connaissons déjà ; de plus, il relève les anomalies de l'article 159 qui abaisse l'âge compétent à vingt et un ans pour l'enfant naturel qui a perdu ses père et mère ou dont les parents ne peuvent manifester leur volonté ; de l'article 160 qui décide que s'il n'y a ni père ni mère, ni aïeuls ni aïeules, les fils de famille peuvent s'unir en justes noces à l'âge de vingt et un ans. Pourquoi donc la loi a-t-elle redouté le défaut de maturité dans certains cas, et pas dans d'autres ?

Au point de vue des pénalités, la Commission enlève et conserve les articles 156 et 157 en les atténuant. Nous citons, du reste, les articles qui nous intéressent dans cette proposition de loi après son passage devant la Commission du Sénat.

ARTICLE 5

(Conservé dans les termes votés par la Chambre.)

ARTICLE 6

« L'article 151 du Code civil est remplacé par le suivant :

Art. 151. — » Les enfants ayant atteint l'âge de vingt et un ans révolus et jusqu'à l'âge de trente ans révolus

(1) 12 Avril 1906.

» sont tenus de justifier du consentement de leurs père et mère.

» A défaut, l'officier de l'état-civil appelé à célébrer le mariage avisera de l'union projetée les père et mère.

» Quinze jours francs écoulés après justification de cette notification faite conformément à l'article 154 ci-après, il sera passé outre à la célébration du mariage. »

ARTICLE 7

« En conformité de l'article 151, l'officier de l'état-civil notifiera en la forme des actes administratifs aux père et mère le projet de mariage de l'enfant.

» Mention de cette notification sera faite dans l'acte de mariage. »

ARTICLE 8

« En cas d'absence des père et mère auxquels eût dû être faite la notification prévue à l'article 151, il sera passé outre à la célébration, etc. (Article 155 actuel, moins les deux derniers paragraphes remplacé par :)

» A défaut de cette attestation, il sera procédé à la célébration du mariage des majeurs sur leur déclarations et serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus. »

ARTICLE 9

L'article 151 est ainsi modifié :

« Les officiers de l'état-civil qui auraient procédé à la célébration des mariages contractés par les fils ou filles n'ayant pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis sans que le consentement des pères et mères, celui des aïeuls et aïeules et celui de la famille, dans le cas où il est requis, soit énoncé dans l'acte de mariage, seront à la diligence des parties intéressées et du procureur de la République condamnés à l'amende portée en l'article 192 du Code civil. »

ARTICLE 10

L'article 157 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« Faute de ne pas avoir notifié et mentionné aux pères » et mères l'avis préalable du mariage dans le cas prévu » par l'article 151 ci-dessus, l'officier de l'état-civil sera » condamné à l'amende prévue en l'article précédent. »

Le passage de la proposition à la commission du Sénat fut donc marqué d'une modification intéressante. La commission estima qu'il était dangereux d'édicter la liberté complète du mariage à partir de l'âge de vingt et un ans sans aucun contrôle de la famille. Cette faculté pour les enfants de se marier sans que les parents en aient même connaissance est périlleuse, étant donné l'inexpérience et grande jeunesse de ceux-ci. On ne dit plus qu'elle compromet l'intérêt de la famille, on ne parle pas non plus du devoir de respect à sauvegarder, « culte rendu par la piété filiale au caractère de dignité, de majesté imprimé par la nature à ceux qui..., etc. » disait Portalis. De semblables raisons, selon le rapporteur, ne sauraient plus faire impression sur notre esprit.

Loin de nous la pensée de ne pas écouter ces raisons, mais nous comprenons parfaitement qu'elles n'influencent pas le législateur. Parce que la loi facilitant l'accès au mariage, et n'ayant en vue qu'un objet : supprimer toutes les formalités qui ne sont pas essentielles, néglige de sanctionner ces devoirs de respect, s'en suit-il qu'ils disparaissent.

Ils ne perdront pas une parcelle de leur autorité comme devoirs, en disparaissant totalement comme obligations juridiques. Les domaines de la morale et de la législation sont heureusement très distincts l'un de l'autre ; sont-ils même ces deux cercles concentriques dont on parle, l'un

plus restreint, celui de la loi, devant tendre vers l'autre plus large, celui de la morale ? Il n'y paraît guère.

Le législateur agit dans l'intérêt matériel de l'individu et de la société, il peut rencontrer l'intérêt moral, en fait il le rencontre souvent, mais il n'est pas impérieusement guidé par lui. Le consentement des parents au mariage sera supprimé, s'il est établi que tel est l'avantage du principal intéressé, le futur époux, s'il est démontré que cette émancipation ne peut avoir aucune répercussion pernicieuse sur les personnalités qui l'entourent de plus près.

Les devoirs de piété filiale eux, resteront intangibles quelles que soient les modifications des Codes — et ce n'est point dans la loi humaine qu'ils trouveront leur sanction.

Si donc la Commission du Sénat prescrit cette formalité nouvelle entre l'âge de vingt et un et trente ans : la notification officielle du mariage aux père et mère et le délai de quinze jours avant la célébration du mariage, c'est dans l'intérêt de l'enfant, dans l'espoir que les suprêmes conseils d'un père et d'une mère, exclusivement basés sur la persuasion et l'amour filial, produiront en cette heure solennelle tous leurs effets (1).

A la première délibération du Sénat, le 30 janvier 1907, les articles 5 et 6 furent adoptés. Un article 6 bis donnant le droit de consentir à l'époux divorcé au profit duquel le divorce a été prononcé, et qui a obtenu la garde de l'enfant, fut également adopté, et de même les articles 9 et 10.

Cet article 10 souleva cependant une légère discussion au point de vue de la responsabilité qu'encourt l'officier de l'état-civil sur les notifications à faire aux parents:

(1) Rapport de M. Catalogne.

« Le maire ne connaît naturellement pas celui qui vient
» lui demander de célébrer son mariage ; il n'est pas son
» administré (1). C'est cependant cet homme qui vient
» donner au maire les adresses de son père ou de sa
» mère. Ces adresses sont plus ou moins exactes. Le maire
» écrira à l'adresse indiquée, il a accompli les formalités
» de la loi ; il ne faut pourtant pas qu'il soit susceptible
» d'être inquiété dans sa responsabilité d'officier d'état-
» civil lorsqu'il aura écrit à l'adresse donnée et que cette
» adresse sera inexacte. » (2)

L'examen de cette observation tout à fait juste, sera, dit le rapporteur, soumis à la Commission entre les deux délibérations. Enfin, le 5 mars 1907, M. le sénateur Catalogne présentait un rapport supplémentaire sur la loi en création. Ce rapport apporte une modification à l'article 7 qui nous intéresse grandement : (3)

« ... la Commission demande de maintenir le notaire
» comme intermédiaire (entre les parents et les enfants)
» mais instrumentant seul, sans le concours d'un de ses
» collègues non plus que de témoin. Cet officier ministé-
» riel, au surplus, n'aura d'autre mission que de notifier
» aux seuls père et mère ou à celui des deux qui refusera
» son consentement, un acte dans des formes prévues. ...

» Si votre Commission persiste à n'imposer cette obli-
» gation qu'aux enfants âgés de moins de trente ans,
» elle croit devoir lui maintenir le délai de trente jours
» francs. »

(1) La même loi déclare que la résidence pour mariage peut s'acquérir par un jour.

(2) M. de Pontloriand.

(3) *Rapport supplémentaire*, Sénat, n° 53.

La teneur des articles 7 et 9 de la proposition, articles 151 et 154 modifiés, se trouve ainsi libellée.

ARTICLE 7 (ANCIEN ARTICLE 6)

L'article 151 du Code civil est remplacé par le suivant :

« Les enfants ayant atteint l'âge de vingt et un ans révolus et jusqu'à l'âge de trente ans révolus sont tenus de justifier du consentement de leurs père et mère.

» A défaut de ce consentement, l'intéressé fera notifier l'union projetée à ses père et mère ou à celui des deux dont le consentement n'est pas obtenu dans les formes prévues en l'article 154.

» Trente jours francs écoulés après justification de cette notification, il sera passé outre à la célébration du mariage. »

ARTICLE 9 (ANCIEN ARTICLE 7)

(Article 154). « La notification prescrite par l'article 151 sera faite à la requête de l'intéressé par un notaire instrumental sans le concours d'un deuxième notaire ni de témoins.

» Cet acte visé pour timbre et enregistré gratis énoncera les noms, prénoms, professions, domicile et résidence des futurs époux, de leur père et mère, ainsi que le lieu où sera célébré le mariage.

» Il contiendra aussi déclaration que cette notification leur est faite en vue d'obtenir leur consentement et qu'à défaut il sera passé outre à la célébration du mariage, à l'expiration du délai de trente jours francs. »

Nous n'insisterons pas sur les termes de ces dispositions qui rétablissent à peu près intégralement l'acte respectueux. Nous ne formulerons pas d'avis sur ces articles qui n'ont pas encore été soumis à la discussion officielle.

Souhaitons seulement que sur cette matière délicate, après les hésitations, les élans subits, arrêtés par d'inat-

tendus reculs, nous obtenions enfin la loi sage, libérale et modérée qui solutionnera définitivement une question sociale de premier ordre et qui est depuis trop longtemps en discussion.

APPENDICE

Au moment de mettre sous presse notre étude juridique sur le « consentement des parents au mariage » le 25 juin 1907, le président de la République promulgue la loi adoptée par le Sénat et la Chambre qui solutionne la question qui nous intéresse. Voici la teneur de cette loi dont nous avons suivi en partie les travaux préparatoires à la fin de notre thèse.

Article 6. — L'article 148 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« Le fils et la fille qui n'ont pas atteint l'âge de vingt et
» un ans accomplis ne peuvent contracter mariage sans le
» consentement de leurs père et mère; en cas de dissenti-
» ment le consentement du père suffit. »

Article 7. — L'article 151 du Code civil est remplacé par le suivant :

« Les enfants ayant atteint l'âge de vingt et un ans
« révolus et jusqu'à l'âge de trente ans révolus sont tenus
» de justifier du consentement de leurs père et mère.

« A défaut de ce consentement, l'intéressé fera notifier
» dans les formes prévues en l'article 154, l'union projetée
» à ses père et mère ou à celui des deux dont le consen-
» tement n'est pas obtenu.

» Trente jours francs écoulés après justification de cette
» notification, il sera passé outre à la célébration du ma-
» riage. »

Article 8. — L'article 152 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou
» séparés de corps, le consentement de celui des deux
» époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura
» été prononcée et qui aura la garde de l'enfant suffira.

» Faute de réunir ces deux conditions, celui des père
» et mère qui consentira au mariage pourra citer l'autre
» devant le tribunal de première instance siégeant en
» chambre du Conseil ; le tribunal compétent sera celui
» du domicile de la personne qui a la garde de l'enfant ;
» il statuera en audience publique et en dernier ressort. »

Article 9. — L'article 154 du Code civil est remplacé par le suivant :

« La notification prescrite par l'article 151 sera faite à
» la requête de l'intéressé par un notaire instrumentant
» sans le concours d'un deuxième notaire ni de témoins.

» Cet acte visé pour timbre et enregistré gratis énon-
» cera les prénoms, noms, professions, domiciles et rési-
» dences des futurs époux, de leurs pères et mères ainsi
» que le lieu où sera célébré le mariage.

» Il contiendra aussi déclaration que cette notification
» leur est faite en vue d'obtenir leur consentement et
» qu'à défaut il sera passé outre à la célébration du ma-
» riage à l'expiration du délai de trente jours francs.

Article 10. — L'article 155 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« En cas d'absence des père et mère auxquels eût dû
» être faite la notification prévue à l'article 151, il sera

» passé outre à la célébration du mariage en représentant
» le jugement qui aurait été rendu pour déclarer l'absence, ou à défaut de ce jugement celui qui aurait
» ordonné l'enquête, ou s'il n'y a point encore eu de jugement, un acte de notoriété délivré par le juge de paix
» du lieu où les père et mère ont eu leur dernier domicile connu. Cet acte contiendra la déclaration de quatre
» témoins appelés d'office par le juge de paix.

« Il n'est pas nécessaire de produire les actes de décès
» des pères et mères des futurs mariés lorsque les aïeuls
» ou aïeules pour la branche à laquelle ils appartiennent
» attestent ce décès ; et, dans ce cas, il doit être fait mention de leur attestation sur l'acte de mariage.

» A défaut de cette attestation il sera procédé à la célébration du mariage des majeurs sur leurs déclaration
» et serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus. »

Article 11. — L'article 155 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« Les officiers de l'état-civil qui auraient procédé à la
» célébration des mariages contractés par des fils ou
» filles n'ayant pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, sans que le consentement des pères et mères, celui
» des aïeuls et aïeules et celui du conseil de famille dans
» le cas où il est requis soit énoncé dans l'acte de mariage,
» seront à la diligence des parties intéressées ou du procureur de la République, près le tribunal civil de première instance de l'arrondissement où le mariage aura
» été célébré, condamnés à l'amende portée en l'article 192
» du Code civil. »

Article 12. — L'article 157 du Code civil est modifié de la manière suivante :

« L'officier de l'état-civil qui n'aura pas exigé la justifi-

» cation de la notification prescrite par l'article 151 sera
» condamné à l'amende prévue en l'article précédent. »

.
Article 20. — L'article 173 du Code civil est modifié de
la manière suivante :

« Le père, et à défaut la mère, les aïeuls et aïeules peu-
» vent former opposition au mariage de leurs enfants et
» descendants, encore que ceux-ci aient vingt et un ans
» accomplis. »

Vu :

Le Président de la thèse,
A. BOISTEL.

Vu :

Le Doyen,
LYON-CAEN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
P. LIARD.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	Pages.
Avant propos et plan sommaire.....	1
Les institutions juridiques qui déterminent l'organisation et le fonctionnement de la famille ont-elles terminé leur évolution ?.....	2
Les trois principes sur lesquels doit se fonder toute modi- fication législative en la matière : liberté individuelle, protection nécessaire aux faibles, maintien de l'har- monie générale dans le groupe familial.....	4

PREMIÈRE PARTIE

Le Consentement des Parents au Mariage dans l'Histoire du Droit

CHAPITRE PREMIER

ETUDE SOMMAIRE DU « CONSENSUS » DU PATER FAMILIAS

La famille romaine et le consentement du père.....	9
Evolution progressive des institutions romaines vers l'é- mancipation des enfants (loi Julia — Réforme d'Hono- rius et de Théodose le jeune — Le Droit de Justinien)..	11
La loi romaine plus large que la loi française.....	14

CHAPITRE II

THÉORIE CANONIQUE DU CONSENTEMENT DES PARENTS

Influence chrétienne sur la législation du Bas-Empire.....	17
Opinion des Pères sur la nécessité du consentement.....	20
Comment l'Eglise est arrivée à prononcer la validité du mariage sans le consentement, après avoir admis la nécessité de ce consentement.....	21
La tradition franque.....	22
Les Capitulaires.....	24
Les Canons.....	25

CHAPITRE III

LE POUVOIR CIVIL ENTRE EN LUTTE CONTRE LE POUVOIR ECCLÉSIASTIQUE SUR LA LÉGISLATION DU MARIAGE

Modifications profondes apportées par la Renaissance dans l'état d'esprit et les mœurs.....	37
Le Concile de Trente.....	39
Les trois phases de la législation des Ordonnances :	
1 ^{re} phase : Ordonnances de 1556, 1579, 1629, 1639 et 1697...	42
2 ^e phase : Ordonnances de 1629 et 1639.....	52
3 ^e phase : Déclaration du 6 août 1686, édit de 1697. Déclaration du 22 novembre 1730.....	60
La nullité du mariage obtenue par la doctrine et la jurisprudence au moyen de la fiction du « rapt de séduction. ».....	63
Etat du droit au XVIII ^e siècle.....	70

DEUXIÈME PARTIE

Le Consentement des Parents au Mariage
dans le Droit Moderne

CHAPITRE PREMIER

LA LÉGISLATION INTERMÉDIAIRE

Réformes inspirées par l'esprit révolutionnaire.....	81
Les travaux préparatoires du Code civil.....	87

CHAPITRE II

LE CODE CIVIL

Etat d'esprit qui présida à l'élaboration du titre V.....	93
Des autorisations au mariage.....	96
Forme des autorisations.....	101
Sanctions du défaut d'autorisation.....	106

CHAPITRE III

LOIS POSTÉRIEURES AU CODE

Détails qui intéressent notre question dans les lois du 10 décembre 1850 et du 24 juillet 1889.....	117
La loi du 20 juin 1896.....	119

CHAPITRE IV

ESSAI DE CRITIQUE SUR LA LÉGISLATION PRÉSENTE

Mouvement littéraire, juridique et social en faveur de l'émancipation des enfants au point de vue du mariage...	129
Les législations étrangères.....	142

CHAPITRE V

LÉGISLATION EN VOIE DE CRÉATION

Proposition de loi de M. l'abbé Lemire (15 janvier 1903)...	149
Rapport de la « Commission de la réforme judiciaire de la législation civile et criminelle » (séance de la Chambre du 30 janvier 1906).....	152

APPENDICE

Loi du 25 juin 1907.....	161
--------------------------	-----

